REPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/270/2019 **ACPR/86/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 9 février 2021

Entre

A_____, domiciliée _____, comparant par Me Julien WAEBER, avocat, WAEBER MAITRE, quai Gustave-Ador 2, case postale 3021, 1211 Genève 3,

recourante,

contre l'ordonnance de classement rendue le 11 décembre 2020 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. **a.** Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 28 décembre 2020, A_____ recourt contre l'ordonnance du 11 décembre 2020, notifiée le 15 suivant, par laquelle le Ministère public a classé sa plainte.

La recourante conclut, avec suite de frais et dépens non chiffrés, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif, principalement, à l'annulation de l'ordonnance précitée, au renvoi du dossier au Ministère public pour une mise en prévention complémentaire de B_____ et son renvoi en jugement, selon l'art. 219 CP.

b. Par ordonnance du 30 décembre 2020 (OCPR/62/2020), la Direction de la procédure a refusé l'effet suspensif demandé.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____ et B_____, tous d'eux d'origine vietnamienne, se sont mariés le _____ 2005. Deux enfants sont issus de leur union, C_____, née le _____ 2006, et D_____, né le _____ 2010.

Par jugement, sur mesures protectrices de l'union conjugale, du Tribunal de première instance du 16 décembre 2015 (JTPI/15454/2015), le couple s'est séparé officiellement, la garde des enfants a été attribuée à A_____ et un droit de visite usuel a été réservé à B_____.

b. Selon le courrier de dénonciation du 22 novembre 2018 du Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) à la police, A_____ et ses enfants, qui s'étaient présentés, avaient relaté des attouchements du père et mari sur le fils. Les enfants ne voulaient plus retourner chez leur père, le fils avait mal au ventre et *« n'os(ait) plus toucher sa verge »*.

c.a. Entendue par la police le même jour, C_____ a expliqué qu'elle ne voulait plus retourner chez son père, car c'était petit et sale et qu'ils mangeaient uniquement le matin et le soir, de sorte qu'ils avaient faim. Son père jouait avec son frère à un jeu consistant à le plaquer sur le lit, lui tenir les bras, lui faire des *« guilis »* sur le ventre, les côtes et les aisselles et des bisous dans le cou et les aisselles; durant ce jeu, son père était à califourchon sur l'enfant, qui rigolait *« trop »* pour se débattre. Elle essayait d'arrêter son père mais celui-ci se fâchait. Elle trouvait ce jeu *« pervers »* car le *« sexe »* de son père et celui de son frère se touchaient; c'était de l'inceste; c'était un jeu mais un peu lourd. Son père jouait à un jeu *« dégoûtant »* avec le frère, disant que le *« zizi »* de celui-ci était un *« piment »* et le sien une banane et faisant semblant de le couper en mimant des ciseaux avec la main. Son père insistait pour dormir avec son frère, qui ne le voulait pas.

c.b. À teneur de deux écrits de C_____ datés des 20 octobre et 18 novembre 2018, la maison de son père sentait mauvais et il y avait des moucherons. Elle avait

l'impression qu'il les attendait pour l'aider à faire le ménage, ce qui leur prenait énormément de temps, vu la saleté. Il ne leur parlait jamais de leur avenir en Suisse *« du genre être en R3 ce que ça représent(ait) ou (la) conseiller »* dans le cursus à choisir, leur disant que c'était mieux de vivre au Vietnam. Elle était sûre qu'il voulait l'y emmener, avec son frère. Lorsqu'ils étaient chez leur père à midi, elle était obligée de cuisiner des nouilles instantanées, car il n'y avait rien d'autre, sinon son frère et elle avaient trop faim.

d. Entendu par la police le même jour que sa sœur, D_____ a déclaré qu'il était à la police pour dire que son père était mal élevé, parce qu'il disait que son *« zizi »* était un piment et qu'il voulait le couper. La dernière fois, il avait 6 ans. À ce moment-là, son père touchait sa partie intime que lui-même protégeait avec sa main; lors de ce jeu, ils étaient en caleçon. Encore maintenant, son père jouait à l'écraser en le plaquant sur le lit, en se mettant à cheval sur lui, de sorte que le sexe de son père était sur le sien, ce qui le dérangeait. Son père lui faisait alors plein de bisous et de *« guilis »* dans le cou, et lui-même rigolait au point qu'il n'arrivait pas à se débattre. Il devait insister pour que son père arrête et lui permette d'aller aux toilettes. Dans ces moments-là, ils étaient en pyjama ou *« en habit normal »*. Son père insistait pour dormir avec lui, alors que lui-même ne voulait pas. Il lui disait qu'il était son jouet et son doudou, mais lui répondait qu'il était son fils.

e.a. Entendue par la police, le 22 novembre 2018, A_____ a déposé plainte contre B_____ pour les faits relatés par ses enfants. Elle a expliqué qu'entre 2005 et 2008, elle avait fouillé dans l'ordinateur de son mari et découvert des vidéos pornographiques, dont un film pédopornographique. Elle n'en n'avait jamais parlé à son mari. Un an et demi ou deux ans auparavant, son fils lui avait dit que son père avait un *« gros zizi »* et que lui en avait un petit, comme un *« piment »*; à l'époque, elle ne s'était pas alarmée, pensant qu'il s'agissait d'une forme de jeu. Ce n'était que depuis début 2016 que les enfants avaient commencé à dormir seuls dans une chambre séparée de celle des parents. Son fils avait besoin de contact physique, notamment pour dormir. Le week-end du 11 novembre 2018, alors que les enfants étaient chez leur père, sa fille l'avait appelée en larmes et contactée par message E_____ [réseau de communication], après une dispute avec son père parce qu'elle avait défendu son frère qui voulait dormir seul. Ses enfants n'osaient pas s'opposer à ce dernier et étaient angoissés lors de leurs visites. À sa connaissance, le père n'avait jamais eu de gestes ou phrases déplacés à l'égard de sa fille. Elle avait le sentiment que son mari souhaitait partir vivre au Vietnam avec les enfants, ce qui l'inquiétait un peu.

e.b. Entendue également par le Ministère public le 26 février 2019, A_____ a confirmé ses déclarations à la police et ajouté qu'à la suite de la dispute avec son père, sa fille avait rédigé, dans son journal intime, les écrits précités (cf. let. **B. c.b.** *supra*). Elle n'avait pas peur que B_____ parte avec les enfants au Vietnam car, l'ayant menacée régulièrement de le faire, elle avait un doute.

f.a. Entendu par la police, le 23 novembre 2018, B_____ a contesté les faits reprochés. L'entente avec A_____ n'était pas très bonne, ils ne se parlaient presque jamais et ne communiquaient que par courriel; l'été précédent, alors qu'il souhaitait emmener ses enfants au chevet de leur grand-mère mourante au Vietnam, son ex-compagne avait refusé de lui remettre leurs passeports jusqu'à ce qu'elle y soit contrainte par le tribunal. Avec sa fille, ils se disputaient souvent pour des futilités mais, de manière générale, cela se passait bien. Avec son fils, les relations se passaient très bien. Les samedis, ils faisaient généralement des activités extérieures: aller à la patinoire, cueillir des fraises, faire les courses. Le week-end du 10-11 novembre 2018, sans avoir l'impression d'insister, il avait proposé à son fils de dormir avec lui car il ne l'avait pas vu depuis longtemps et qu'il faisait très froid, mais l'enfant avait refusé. Ils avaient finalement dormi séparément. Lorsqu'il vivait avec son ex-épouse, l'enfant dormait avec eux; c'était une habitude qu'il aimait reproduire et, au Vietnam, il était normal pour un jeune enfant de dormir avec ses parents. Lors du même week-end, une dispute avait éclaté avec sa fille, qu'il trouvait irrespectueuse pour la mémoire de sa grand-mère, raison pour laquelle C_____ avait appelé sa mère en pleurant. Lorsque son fils avait 6 ans, il lui était arrivé, pour rigoler, de mimer des ciseaux avec les doigts tout en lui disant qu'il allait lui couper son *« petit piment »;* il ne se souvenait pas avoir touché le sexe de son fils à ce moment-là et, si tel avait été le cas c'était complètement accidentel. Parfois aussi, pour jouer et rigoler, il maintenait son fils sur le lit avec les bras; il n'y avait rien de sexuel et ils n'étaient jamais nus. Il finissait par libérer l'enfant pour qu'il puisse aller *« faire pipi »*. Il jouait avec son fils et c'était naturel. Si sa fille avait vu que leurs sexes se touchaient, c'était un accident, il ne l'avait pas remarqué. Trouvant son petit garçon mignon, il lui disait parfois qu'il ressemblait à un *« doudou »*. Lorsque le petit-déjeuner était pris tardivement, il faisait office de repas de midi et ensuite ils mangeaient le repas suivant le soir; les enfants ne s'étaient jamais plaints d'avoir faim; s'ils avaient faim, ils pouvaient se servir de nouilles instantanées ou de la nourriture dans le frigo.

f.b. À l'issue de son audition, la police a procédé à la perquisition de l'appartement de B_____, lequel était plutôt propre et ordonné. Elle a également parcouru les fichiers figurant sur les ordinateurs, ainsi que l'historique de recherches et des sites internet fréquentés. Aucun élément utile à l'enquête n'a pu être mis en évidence, raison pour laquelle le matériel informatique n'a pas été saisi.

f.c. Entendu également par le Ministère public, le 18 février 2019, B_____, prévenu d'atteinte à l'intégrité sexuelle de son fils, a confirmé ses précédentes déclarations et expliqué que la dernière fois qu'il avait dormi avec son fils c'était pendant le week-end du 10-11 novembre 2018. À une ou deux reprises, il avait fait le nettoyage de l'appartement avec ses enfants, estimant que ces derniers devaient prendre la responsabilité de l'endroit où ils vivaient.

g.a. À la requête de A_____, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TPAE) statuant sur mesures superprovisionnelles, a, par ordonnance du

23 novembre 2018 (DTAE/6922/2018), suspendu le droit de visite de B_____ sur ses enfants.

g.b. Par ordonnance du 15 janvier 2019 (DTAE/182/2019), le TPAE a réservé un droit de visite du père auprès du centre de consultation F_____, instauré une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles et exhorté les parents à entreprendre une médiation.

g.c. Il ressort du rapport d'évaluation du SPMi du 5 février 2019 que, selon ses parents, C_____ avait, à un certain moment, manifesté de la jalousie par rapport à son petit frère.

À la lecture des lettres de C_____, les professionnels s'étaient demandé si un adulte n'avait pas suggéré certains passages.

D'après le pédiatre, la courbe de poids, la croissance et les examens cliniques des enfants étaient normaux.

Selon l'enseignante de D_____, à la rentrée 2018, il était plus introverti et présentait des tics, il ne parvenait plus à suivre en classe, mais la situation s'était améliorée depuis mi-décembre suivant.

Pour le psychologue en charge du garçon, l'enfant allait bien et ne présentait pas de trouble psycho-affectif. Il n'avait pas encore intégré la séparation de ses parents et se trouvait actuellement dans une situation de crise, source d'un sentiment de culpabilité quant aux conséquences de ses déclarations pour son père. Quand bien même l'enfant disait se sentir en sécurité, étant donné qu'il était chez sa mère, il n'était pas clair pour lui si son père lui avait fait du mal ni ce que les adultes avaient compris de ses paroles. En raison de son caractère méticuleux et précis, qui traduisait une certaine rigidité dans son fonctionnement, une certaine prudence s'imposait quant à la description de l'appartement du père faite par l'enfant, lequel était différent de celui de la mère. L'inquiétude de D_____ de revoir son père provenait du fait qu'il serait alors confronté aux conséquences de ses déclarations et à un sentiment de trahison vis-à-vis de son père.

h. À la suite de l'avis de prochaine clôture du 29 juin 2020 du Ministère public, informant les parties qu'un classement serait prochainement prononcé, A_____ a sollicité plusieurs auditions de témoins. Elle a également déposé un document de huit pages intitulé *« Motivation »*, auquel elle a joint un bordereau de vingt deux pièces, afin de démontrer les *« maltraitances perpétrées »* par B_____ sur les enfants et l'évolution favorable de ces derniers depuis l'interruption du droit de visite du père.

C. Aux termes de sa décision querellée, le Ministère public a considéré que les auditions des enfants n'avaient révélé aucun élément permettant de considérer que leur père avait eu, d'une quelconque manière, une activité corporelle sur lui-même ou sur eux revêtant un caractère sexuel, constitutive de l'art. 187 CP.

Par ailleurs, s'agissant de l'art. 219 CP, l'ensemble des éléments figurant à la procédure ne permettait pas de retenir que les comportements de B_____ – à savoir : insister pour dormir avec son fils, âgé de 8 ans, et malgré le refus de ce dernier ; comparer le sexe de son fils à un piment et de mimer le fait de le couper avec des ciseaux, tout en comparant son sexe d'adulte à une banane ; et se placer à califourchon sur l'enfant tout en le chatouillant –, certes peu opportuns à certaines occasions, avaient durablement mis en danger le développement physique et psychique des enfants. Demander à ces derniers de ranger l'appartement ou encore ne pas préparer leur petit déjeuner n'étaient pas constitutifs d'une violation durable, par B_____, de son devoir d'éducation envers eux, qui auraient porté atteinte à leur développement psychique et physique harmonieux. Les documents produits par A_____ devaient être appréciés avec retenue, dès lors que les enfants évoluaient en permanence, depuis la séparation de leurs parents en 2013, dans un contexte pour le moins belliqueux.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ reproche au Ministère public d'avoir retenu que les parents s'étaient séparés en 2013 et dans un contexte pour le moins belliqueux, alors que le couple s'était séparé fin 2015/début 2016 et qu'il n'était nulle part attesté que la séparation serait intervenue dans un tel climat. Au contraire, aucun conflit conjugal n'avait surgit dans l'année suivant la séparation, la situation s'étant délitée dans un second temps seulement.

En outre, les actes consistants à toucher le sexe de son fils, lors du jeu du *« piment coupé »*; de venir dormir dans le lit de l'enfant contre son gré; de *« se frotter »* en caleçon à califourchon sur son fils, étaient des *« activités corporelles »* pouvant être qualifiées de sexuelles par un observateur neutre, D_____ et sa sœur les considérant comme tels. Ces agissements avaient également durablement influencé négativement le développement de D_____, celui-ci n'osant plus toucher sa verge, ce qui traduisait un trouble comportemental, lié au développement sexuel, altéré par les *« jeux »* paternels. En agissant ainsi, B_____ s'était accommodé du risque de créer une situation à caractère sexuel.

Par ailleurs, B_____ n'avait pas été mis en prévention du chef de l'art. 219 CP, de sorte que les parties n'avaient pas pu exercer leur droit d'être entendues à cet égard.

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

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1, 90 al. 2 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la plaignante qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), a qualité pour agir,

ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

2. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP).

Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

3. Dès lors que la Chambre de céans jouit d'un plein pouvoir de cognition en droit et en fait (art. 393 al. 2 CPP) (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1.), les éventuelles constatations incomplètes ou inexactes du Ministère public auront été corrigées dans l'état de fait établi ci-devant.

Partant, le grief du recourant y relatif sera rejeté.

4. La recourante se plaint du classement de sa plainte par le Ministère public.

4.1. Aux termes de l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a) ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b).

Cette décision doit être prise en application du principe *« in dubio pro duriore »*. Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP) et signifie qu'en principe un classement ou une non-entrée en matière ne peut être prononcés par le ministère public lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 146 IV 68 consid. 2.1 ; 143 IV 241 consid. 2.2.1 ; 138 IV 86 consid. 4.1.2).

4.2.1. L'art. 187 ch. 1 CP punit celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans (al. 1), celui qui aura entraîné un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel (al. 2) et celui qui aura mêlé un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel (al. 3).

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. 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 du Tribunal fédéral 6B_1122/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2 et les références citées). Les comportements simplement inconvenants, inappropriés, indécents, de mauvais goût, impudiques ou désagréables, doivent demeurer hors du champ des actes pénalement répréhensibles (ATF 125 IV 58 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 6B_744/2016 du 1er mars 2017 consid. 3.2). Dans les cas équivoques, qui n'apparaissent extérieurement ni neutres, ni clairement connotés sexuellement, une appréciation objective de l'ensemble des circonstances est requise, l'acte incriminé devant porter clairement atteinte au bien juridique protégé par la disposition légale, soit le développement sexuel non perturbé de l'enfant. Il convient alors 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; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1122/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2 et les références citées). L'acte incriminé doit porter clairement atteinte au bien juridique protégé par la disposition légale applicable ; une certaine gravité est ainsi nécessaire (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), *Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie spéciale : art. 111-392 CP,* Bâle 2017, n. 14 ad art. 187).

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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1122/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2). Un baiser lingual, des baisers insistants sur la bouche, une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits, constituent sur un enfant un acte d'ordre sexuel, alors qu'imposés à un adulte, ils entrent dans le champ d'application de l'art. 198 CP, dont l'application est subsidiaire (arrêts du Tribunal fédéral 6B_180/2018 du 12 juin 2018 consid. 3.1 et 6B_35/2017 du 28 février 2018 consid. 4.2 ; cf. infra ch. 2.4). Caresser les parties génitales d'un enfant (y compris par-dessus les habits) a été qualifié d'actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l'art. 187 CP (arrêts du Tribunal fédéral 6B_253/2011 du 5 octobre 2011 consid. 6 ; 6B_1008/2010 du 8 septembre 2011 consid. 3.3.2 ; dans ces arrêts, la répétition des agissements, de manière insistante et perdurant depuis plusieurs années, ont été reconnus comme des actes d'ordre sexuel au vu des circonstances). En revanche, avoir tenté de saisir de manière surprenante l'entrejambe d'un garçon de moins de 16 ans en public, ce qui a entraîné un toucher fugace au-dessus des vêtements, n'a pas été évalué, compte tenu que l'intrusion se soit déroulée dans un groupe public, comme un acte sexuel au sens de la norme précitée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_702/2009 du 8 janvier 2010 consid. 5.5). Il en va de même des baisers sur la bouche ou sur la joue (arrêts du Tribunal fédéral

6B_1002/2019 du 28 novembre 2019 consid. 2.2 et 2.4 ; 6B_7/2011 du 15 février 2011 consid. 1.2 et 1.4).

4.2.2. D'un point de vue subjectif, l'auteur d'un acte d'ordre sexuel doit agir intentionnellement. Il faut qu'il soit conscient du caractère sexuel de son comportement, mais ses motifs ne sont pas déterminants, de sorte qu'il importe peu que l'acte tende ou non à l'excitation ou à la jouissance sexuelle (arrêts du Tribunal fédéral 6B_180/2018 du 12 juin 2018 consid. 3.1 et les références ; 6B_288/2017 du 19 janvier 2018 consid. 5.1).

4.3.1. Selon l'art. 219 al. 1 CP est punissable celui qui viole son devoir d'assister ou d'élever une personne dont il met ainsi en danger le développement physique ou psychique, ou qui manque à ce devoir.

L'infraction est un délit de mise en danger concrète du développement physique ou psychique du mineur. Il n'est donc pas nécessaire que le comportement de l'auteur aboutisse à un résultat. Toutefois, la simple possibilité d'une atteinte ne suffit pas ; il faut que cette atteinte apparaisse à tout le moins vraisemblable dans le cas concret (ATF 126 IV 136 consid. 1b).

Il n'est pas exigé que l'atteinte dont la vraisemblance est constatée soit grave. En pratique, il est souvent difficile de déterminer à partir de quand il y a un risque pour le développement du mineur. En particulier, il est ardu de distinguer les atteintes qui relèvent de l'art. 219 CP des traumatismes qui font partie de la vie de tout enfant. Ainsi, il convient d'interpréter cette disposition de manière restrictive et d'en limiter l'application aux cas manifestes (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), *op. cit.,* n. 12 ad art. 219).

L'art. 219 CP ne doit pas être retenu dans tous les cas d'atteinte à l'intégrité corporelle, à la liberté ou à l'intégrité sexuelle. Il faut que des séquelles durable d'ordre physique ou psychique apparaissent vraisemblables, de telle sorte que le développement du mineur soit mis en danger. Il faut ainsi que l'auteur agisse en principe de façon répétée ou qu'il viole durablement son devoir d'éducation (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, 2e éd., Bâle 2017, n. 16 ad art. 219 et les références citées). Toutefois, on ne peut exclure de manière absolue qu'un seul acte grave suffise pour que des séquelles durables risquent d'affecter le développement du mineur. Toutes les circonstances de l'espèce doivent être prises en considération (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), *op. cit.,* n. 13 ad art. 219).

4.4. En l'espèce, le premier comportement reproché, soit le fait que le père ait nommé *« piment »* le pénis de son fils et ait mimé le geste de le couper, voire l'ai touché au cours de sa démonstration, peut constituer, conformément à la jurisprudence précitée, un cas équivoque, s'agissant des parties génitales d'un enfant.

Cependant, le geste n'avait manifestement pas de connotation sexuelle compte tenu du contexte décrit de façon concordante par le père et les deux enfants, la mère, elle-même l'ayant, à l'époque, soit plus d'un an auparavant, considéré comme un jeu.

En conséquence, ce comportement ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

4.5. S'agissant du fait d'immobiliser son enfant au sol ou sur le lit, de se mettre à califourchon sur celui-ci, position dans laquelle les parties génitales de chacun pourraient se toucher, de lui faire des bisous dans le cou et les aisselles et des *« chatouilles »* sur le ventre, les côtes et les aisselles, entreraient dans la catégorie des cas équivoques. Mais en toute hypothèse, en l'espèce, il apparaît aussi comme un simple jeu. D'ailleurs selon les enfants, le petit garçon rigolait tellement qu'il ne pouvait se débattre. À ce moment-là, tant le père que le fils étaient habillés. Dès lors, le fait que les parties génitales se touchent, semble être une conséquence, non voulue, de la position prise par le père, sans que cela ne constitue, en l'état, un acte d'ordre sexuel. Selon le prévenu, il n'a même pas remarqué ce rapprochement, jouant naturellement avec son fils. Le fait que la sœur, âgée de 12 ans à l'époque, ait jugé ce jeu *« pervers »* ou *« incestueux »,* ne peut être assimilé à un avis d'un observateur neutre. En effet, elle vit dans un climat d'entente parentale difficile (cf. développement *infra*) ; entretient, avec son père, une relation parsemée de fréquentes disputes ; et semble être empreinte de jalousie vis-à-vis de la relation entre son père et son frère. Elle s'était d'ailleurs ouverte à sa mère, sur les comportements de son père, après la dispute du week-end du 10-11 novembre 2018.

En ce qui concerne le climat familial dans lequel évoluent les enfants, compte tenu des éléments du dossier – à savoir que les parents ne communiquent que pour l'essentiel et par courriel ; durant l'été 2018, de peur que le père les emmène définitivement au Vietnam, A_____ a refusé de lui remettre les passeports des enfants, jusqu'à ce que le Tribunal l'y contraigne; et l'autorité civile a exhorté les parents à entreprendre une médiation –, il peut raisonnablement être qualifié de difficile, voire de belliqueux, contrairement à ce que prétend la recourante. À cet égard, peu importe que ce climat se soit installé dès la séparation parentale ou plus tard, dans la mesure où il dure depuis plusieurs années. En outre, selon le rapport du SPMi du 5 février 2019, c'est la recourante elle-même qui a déclaré que le couple s'était séparé en 2013.

4.6. Pour ce qui est du troisième événement dénoncé, – dormir dans le même lit qu'un enfant –, il n'est nullement allégué, en l'occurrence, que le père ait pu avoir des gestes déplacés à l'égard de son enfant, ni qu'ils aient été nus à ce moment-là. En outre, d'après les déclarations des parents, les enfants dormaient encore avec eux, à tout le moins jusqu'en 2016. Selon le père, dans la culture vietnamienne, il est normal qu'un enfant en bas âge dorme avec ses parents – ce que la plaignante n'a pas démenti –, lui-même considérant encore son fils comme un petit garçon. Ce comportement ne constitue donc pas non plus un acte d'ordre sexuel. Le fait que le

père insiste pour dormir avec son fils et que, malgré le refus de ce dernier, il ait pu le rejoindre durant la nuit, ne modifie pas ce constat.

Partant, les évènements dénoncés ne constituent pas, un acte d'ordre sexuel réprimé par l'art. 187 CP.

4.7. Par ailleurs, les actes dénoncés n'ont pas durablement mis en danger le développement physique ou psychique des enfants. En effet, contrairement à ce qu'allègue la recourante, notamment en relevant que le comportement de D_____, en n'osant plus toucher sa verge depuis les *« jeux »* paternels, traduirait un trouble comportemental, le psychologue chargé de le suivre, relève que l'enfant va bien et ne présente pas de trouble psycho-affectif. Toujours selon le spécialiste, l'enfant se trouve actuellement dans une situation de crise, n'ayant pas encore intégré la séparation de ses parents, et dans l'inquiétude de revoir son père dès lors que cela signifie se confronter aux conséquences de ses déclarations et au sentiment de trahison à l'égard dudit parent. Il apparaît dès lors plus vraisemblable que le climat difficile créé par la relation parentale, et dans lequel évolue les enfants depuis plusieurs années, soit à l'origine des difficultés ressenties par ceux-ci, plutôt qu'en raison de prétendues maltraitances paternelles. Ce que corroborent les constatations des enseignants de D_____, qui ont noté une amélioration de l'attention de celui-ci depuis l'interruption du droit de visite du père, soit depuis qu'une possible influence de la mère, sur les enfants, vis-à-vis du père et les différences d'éducation et de mode de vie entre les parents ont disparu. En ce qui concerne le logement du père, les photographies prises de l'appartement du prévenu, par la police, ne le font pas apparaître mal entretenu. En outre, faire participer les enfants aux tâches domestiques n'est pas de nature à mettre en danger leur développement psychique ou physique. Il en va de même des deux repas par jour, étant précisé que selon les déclarations des enfants, ils ont de la nourriture à disposition chez leur père, ce dernier ne leur refusant pas à manger s'ils avaient faim.

4.8. Enfin, la recourante se plaint de la violation du droit d'être entendu des parties en lien avec l'absence de mise en prévention du prévenu pour le chef de l'art. 219 CP.

En réalité, par ce grief, la recourante reproche au Ministère public de ne pas avoir donné suite à ses offres de preuves. Au regard de ce qui précède, c'est à juste titre que le Ministère public n'a pas ordonné l'administration des preuves sollicitées, celles-ci n'étant pas de nature à modifier les considérants *supra*. En effet, celles-ci, en particulier les auditions réclamées, sont, pour l'essentiel, en lien avec l'évolution des enfants, notamment depuis l'interruption du droit de visite. Or, cet aspect est également attesté par les pièces produites par la recourante et n'est nullement contesté.

Partant, les comportements dénoncés ne sont pas constitutifs d'une quelconque atteinte à la personnalité des enfants et ne remplissent donc pas les conditions de l'art. 219 CP.

5. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée et le recours rejeté.

6. La recourante, au bénéfice de l'assistance judiciaire, sera exonérée des frais envers l'État (art. 136 al. 2 let. b CPP).

7. Il ne sera pas entré en matière sur la demande d'indemnisation, non chiffrée, de la recourante, dès lors qu'en sa qualité de partie plaignante, elle était tenue, à peine de forclusion, de chiffrer et justifier ses prétentions (art. 433 al. 2, 2ème phr. CPP). Représentée par un avocat, elle ne pouvait ignorer ces conditions légales (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1345/2016 du 30 novembre 2017 consid. 7.2; ACPR/442/2018 du 13 août 2018 consid. 11).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours

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

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 Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	La présidente :
Arbenita VESELI	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).

Par ailleurs, le Tribunal pénal fédéral connaît des recours du défenseur d'office contre les décisions de l'autorité cantonale de recours en matière d'indemnisation (art. 135 al. 3 let. a CPP et 37 al. 1 LOAP). Le recours doit être adressé dans les 10 jours, par écrit, au Tribunal pénal fédéral, case postale 2720, 6501 Bellinzone.