REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/17117/2021 **ACPR/932/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 1er décembre 2023

Entre

A_____, représentée par M^e^ Clara SCHNEUWLY, avocate, Collectif de défense, boulevard de Saint-Georges 72, 1205 Genève,

recourante,

contre l'ordonnance de classement rendue le 8 mai 2023 par le Ministère public,

et

B_____, représenté par M^e^ C_____, avocat,

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

intimés.

EN FAIT :

A. **a.** Par acte expédié le 17 mai 2023, A_____ recourt contre l'ordonnance du 8 mai 2023, notifiée le 10 suivant, par laquelle le Ministère public a notamment classé sa plainte du 27 août 2021 (chiffre 1 du dispositif).

La recourante conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation du chiffre 1 du dispositif querellé et à ce que le Ministère public soit enjoint de renvoyer B_____ en jugement. Elle conclut à l'octroi de l'assistance juridique.

b. La recourante a versé les sûretés en CHF 900.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 27 août 2021, A_____ a déposé plainte contre B_____.

En substance, le 24 août 2021 dans la soirée, son époux, D_____, et le cousin de ce dernier, B_____, étaient rentrés au domicile conjugal, après avoir consommé de l'alcool. Son époux était ivre et agité. Elle avait donc demandé au cousin de ce dernier de rester, ayant peur que son mari se fasse ou lui fasse du mal, ce qu'il avait accepté. Elle avait allumé la télévision et demandé à son époux de s'allonger sur le canapé, ce qu'il avait fait. Après avoir préparé du chocolat chaud pour B_____ et elle-même dans la cuisine, elle s'était allongée sur le canapé, la tête sur les cuisses de son mari. Avant, elle avait disposé une couverture sur ce dernier, B_____, qui était assis sur la méridienne, et elle-même, précisant que ses pieds à elle se trouvaient du côté du prénommé et qu'un coussin les séparait. Après quinze à vingt minutes, elle s'était endormie, sur le côté gauche. Elle avait alors senti une main sur sa taille, laquelle avait glissé sur son ventre, puis baissé son training au niveau du haut de la cuisse et lui avait touché les fesses. Elle avait aussi senti un baiser sur les côtes droites. Elle dormait "*à moitié*". Elle savait que B_____ était présent mais elle pensait qu'il s'agissait de son époux. Elle s'était donc tournée puis rendormie.

Plus tard, elle s'était à nouveau réveillée sentant qu'elle allait jouir. "*Quelqu'un*" la léchait au niveau de l'aine et plusieurs doigts faisaient des aller-retours à l'intérieur de son vagin. Elle ne savait pas depuis combien de temps cela durait. Elle avait entendu son époux ronfler. Elle avait donc ouvert les yeux et constaté que le bras de ce dernier se trouvait au-dessus de sa tête. Elle avait ensuite entendu un bruit de pantalon qui s'ouvrait et compris qu'il s'agissait des doigts de B_____. Elle avait eu peur et pensé qu'il la pénétrerait avec son pénis. Sous le choc, elle n'avait pas réagi. Elle avait songé à réveiller son époux mais appréhendait sa réaction. Elle n'arrivait de toute façon pas à bouger. Elle avait donc remonté son training et fait "*mine*" de se réveiller, avant de se rendre dans la salle de bain. Elle avait uriné, changé ses

vêtements puis était retournée dans le salon. B_____, assis sur la méridienne fumant une cigarette, lui avait dit "*ça va?*". Elle lui avait répondu "*et toi?*", avant de s'asseoir sur le canapé comme si rien ne s'était passé. B_____ avait fini la nuit dans leur chambre et elle s'était rendormie sur le canapé avec son mari, aux environs de 3h30. Selon elle, B_____ pensait qu'elle dormait tout le long de "*l'agression*". Elle n'avait, à aucun moment, senti le sexe de ce dernier. Il ne lui avait pas non plus adressé la parole ni usé de la force pour la contraindre.

Vers 8h30, elle s'était réveillée et avait agi comme si rien ne s'était passé. Elle avait proposé un café à son époux et B_____, lequel lui avait répondu qu'il n'en voulait pas et qu'il allait partir. Il ne l'avait pas regardée dans les yeux, ni son époux. Lorsque le prénommé était parti, elle s'était douchée plusieurs fois. Son époux avait remarqué qu'elle tremblait. Elle voulait lui expliquer mais n'y était pas arrivée. Elle n'avait pas effectué de constat médical, en l'absence de "*marques*".

b. Entendu le 28 août 2021 par la police, B_____ a contesté les faits reprochés. Il avait prodigué à A_____ des caresses d'ordre sexuel alors que cette dernière était consentante et éveillée.

Le 24 août 2021, vers 18 heures, il avait bu quelques verres avec son cousin en ville avant de le ramener à son domicile, où A_____ était présente. Dans l'appartement, il avait encore partagé une bouteille de vin blanc avec son cousin. A_____ n'avait pas consommé d'alcool. Son cousin avait cuisiné et s'était disputé avec son épouse, le premier reprochant à la seconde de l'avoir trompé. Durant la dispute, D_____ était violent, il s'était tapé plusieurs fois la tête contre la fenêtre et avait cassé du mobilier. D_____ avait tenté de s'en prendre plusieurs fois physiquement à son épouse; il s'était lui-même interposé. A_____ lui avait alors demandé de rester.

A_____ et lui-même avaient installé D_____ sur le canapé, mettant son dos sur l'accoudoir incliné, à l'opposé de la méridienne, où lui-même était assis, les pieds au sol. Lui-même avait mis un film et, avec son cousin, ils avaient commencé à s'endormir. A_____ s'était assise entre eux. Elle avait mis une couverture sur lui (B_____) puis sur elle, disant qu'elle avait froid. Elle s'était allongée, la tête en direction de son mari et les fesses de son côté à lui. Puis, elle lui avait dit de se rapprocher d'elle. Il s'était à moitié allongé, la tête sur les coussins et les pieds sur le canapé. Il ne la touchait pas. Après deux minutes, A_____ s'était rapprochée de lui en reculant ses fesses, ce alors que D_____ dormait. Il avait mis sa main sur la hanche de cette dernière et lui avait caressé le dos, les jambes, les hanches, le bas du dos et les fesses. A_____ était réveillée car elle bougeait et respirait plus fort, tout en tournant la tête vers lui; ils s'étaient regardés dans les yeux. À un moment, il avait passé la main sous son training pour lui caresser les fesses et les jambes. Cela lui avait plu, elle n'avait pas refusé. Il avait continué en lui caressant le vagin puis le clitoris, dans un premier temps par-dessus la culotte. Elle était humide et se tortillait

de plaisir. Elle s'était même mise sur le dos et avait écarté les jambes légèrement car elle avait le training en dessous des fesses – il précisait avoir baissé ce vêtement pour mieux la caresser –. Il avait stimulé son clitoris et l'avait pénétrée avec un puis deux doigts en faisant des aller-retours. Elle avait commencé à se caresser le clitoris, avait gémi doucement et bougé. Il avait continué ses aller-retours puis elle avait joui. Elle en voulait "*plus*" mais il n'avait pas souhaité aller plus loin. De plus, après qu'elle eut joui, il avait retouché son clitoris mais avait senti que cela ne lui plaisait pas autant de sorte qu'il s'était éloigné. A_____ avait remonté sa culotte et son pantalon. En se levant pour se rendre aux toilettes, elle lui avait dit avoir fait un rêve érotique. Il avait compris qu'elle n'assumait pas ses actes. Il avait fini la nuit dans la chambre du couple, ainsi que A_____ le lui avait suggéré précédemment. Le lendemain, A_____ lui avait proposé de boire un café. Il était mal à l'aise. Il était parti.

Il contestait qu'elle se soit rendormie "*entre-temps*".

c. B_____ a transmis à la police une copie des messages adressés à D_____. Il en ressort ceci:

27.08.2021 à 19h24 – B_____: "*J'ai quelque chose à te dire et je vais t'expliquer mais saches que je le regrette et j'attendais le bon moment pour te le dire car je tiens à toi et je t'aime mais je n'aurais jamais du faire ça et tu sais que jen ai jamais eu envie et j'ai surtout peur que ça se termine toi et A_____ après ce que je vais écrire. Après t'avoir retenu 50 fois pour pas que tu ne parte et que A_____ m'a dit de rester car elle avait peur après que tu aies tout casser chez-toi, tu es endormi sur le canapé et j'étais déjà posé aussi mais après A_____ est venue et elle m'a chauffé, elle était très proche et prétextait qu'elle avait froid et elle a mis la couverture sur moi et elle, mes yeux tombaient, j'étais vraiment fatigué ... c'est limite si elle était pas sur moi. Je ne te cache pas qu'elle sait caresser et je l'ai doigté. Je suis vraiment triste mais comme je te l'ai dit je comptais te le dire au bon moment. Le matin elle à dit qu'elle avait fait un rêve érotique… et je n'ai pas pris tes 200 chfrs. Je suis désolé D_____* (émoticône qui pleure). *Si tu veux en parler on le fait, si tu ne veux plus me voir, je te comprends. Je m'excuse D_____*" (sic).

27.08.2021 à 22h10 – B_____: "*Je sais pas ce qu'elle à raconter mais elle ne dormait pas et je t'ai dit elle se caressait mais rien n'empêche que j'ai honte, oui. Désolé j'aurais préféré que se soit moi qui t'en parle en premier car je ne dors plus depuis*." (sic).

27.08.2021 à 22h34 – B_____: "*Je ne veux pas re faire plus de mal… mais cette histoire qu'elle dormait ça m'énerve ... alors je te dit qu'elle à jouis… maintenant tu connais la vérité*" (sic).

Message non daté: "*D_____, tu voulais que je te dise la vérité alors je te l'ai dit. Je capte pas qu'elle t'as dis qu'elle dormait si elle dormais alors pourquoi elle a coller son cul sur moi, se caressait le clito les jambes écartées, gémissait de plaisir et jouie. C'est limite si elle voulais pas que je couche avec et je ne voulais pas, c'était déjà trop. Si elle ne voulait pas alors pourquoi elle a fait tout ça et ne pas m'avoir dit d'arrêter, au final c'est qu'elle le voulait. Le matin, je voulais partir et elle à demander à ce que je reste boire le café, j'étais mal, elle souriait. J'aurais pas dû le faire mais c'est un beau piège! Toutes les fois ou tu m'a proposer de rester et que j'ai refuser, il suffisait d'une fois pour que le piège se referme sur moi. Toutes les fois que tu lui demande si elle t'as tromper et que ce même soir tu était fâché contre elle pour cette même raison qu'elle te mente à ce sujet maintenant tu as ta réponse et pour se sortir blanc comme neige, elle te ment encore en disant qu'elle dormait…*" (sic).

B_____ a aussi transmis des extraits des conversations avec A_____. Il en ressort notamment que le 25 août 2021 à 10h54, elle lui avait envoyé un fichier audio [écouté lors de l'audience du 12 novembre 2021]: "*Salut B_____, il y a D_____ qui me demande de te demander si son téléphone est dans ta voiture par hasard?*", auquel ce dernier avait répondu à 11h07: "*Non il n'est pas dedans en plus la fenêtre arrière de ma voiture était ouverte …*". La prénommée avait alors écrit: "*Ok, merde*", "*Merci* (émoticône "*bisous-cœur*")".

Les prénommés se sont aussi échangés des messages le soir-même entre 20h46 et 20h47 à propos d'une somme de CHF 200.- qui aurait disparu.

Le 27 août 2021, B_____ a encore échangé avec A_____ pour savoir si le téléphone de D_____ avait été "*retrouvé*", ce que la prénommée lui a confirmé. B_____ a ensuite demandé à A_____ de dire à son époux de "[l]*'appeler quand il peut*", ce à quoi cette dernière a répondu qu'il avait son téléphone et qu'il était joignable.

d. Le 8 octobre 2021, le Ministère public a ouvert une instruction contre B_____ pour actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement et de résistance.

e. Lors de l'audience de confrontation du 12 novembre 2021 par-devant le Ministère public, A_____ a confirmé sa plainte.

Elle a précisé que le soir des faits, elle avait proposé à B_____ de dormir dans sa chambre. Puis, elle s'était allongée, la tête sur le torse de son époux et avait mis le bras de ce dernier autour d'elle. Elle s'était endormie car elle était épuisée psychologiquement. À un moment, elle avait senti une caresse sur le côté du ventre. Elle était sûre qu'il s'agissait de son époux car il avait son bras à ce niveau; d'ailleurs,

elle ne s'était même pas posée la question de savoir si cela pouvait être quelqu'un d'autre car pour elle, ce n'était pas possible. Elle s'était dit "*c'est cool j'ai une caresse*" puis s'était rendormie. Suite à cela, elle s'était réveillée avec les doigts de B_____ dans son vagin. L'orgasme l'avait réveillée et elle avait ouvert les yeux. Elle était toujours couchée de côté avec la tête sur le torse. Elle avait les jambes recroquevillées en position de fœtus. Son mari était toujours à côté d'elle. Elle avait constaté, en ouvrant les yeux, que sa culotte et son training étaient baissés; elle ne s'était pas réveillée lorsque B_____ lui avait baissé ses vêtements ou avait introduit les doigts dans son vagin. Dès qu'elle s'était rendue compte de ce qui s'était passé, elle s'était rhabillée.

B_____ n'avait pas pu penser qu'elle était consentante puisqu'elle dormait et n'avait eu aucune interaction avec lui. Quand elle s'était réveillée, ce dernier avait déjà fait "*ce qu'il avait à faire*". Elle n'avait donc pas verbalisé son désaccord car elle n'y arrivait pas. Elle ne lui avait pas non plus demandé de partir; B_____ s'était levé de lui-même et avait dit "*je vais dans la chambre*". Le lendemain, elle avait réalisé ce qui s'était passé lorsque la porte s'était fermée, après que B_____ soit parti. Elle l'avait "*bloqué*" le jour-même, après lui avoir demandé où se trouvait le téléphone portable de son mari. Elle ne se rappelait pas lui avoir envoyé un "*bisou-cœur*".

B_____ a confirmé ses déclarations à la police.

Il n'avait pas demandé à A_____ si elle était d'accord mais considérait qu'elle était consentante sur sa façon d'apprécier les caresses qu'il lui avait faites sur les hanches. Elle ne dormait pas au moment des faits. Elle s'était rapprochée de lui ce qui l'avait déstabilisé. Il lui avait caressé les fesses par-dessus le training, ce qui avait aussi plu à A_____, de par sa façon de se tortiller, de bouger et de gémir. Elle était de dos mais à un moment, elle l'avait regardé dans les yeux. Puis, elle s'était aussi mise sur le dos, les pieds à plat et les jambes repliées. Elle avait écarté les jambes et s'était caressée le clitoris avec la main. À ce moment, il avait déjà baissé son training. Pendant qu'elle se caressait, il l'avait pénétrée avec ses doigts. Elle avait pris du plaisir et continuait à se caresser puis, elle avait joui. Il n'était pas possible qu'elle ait pensé qu'il s'agissait de son mari, vu la position dans laquelle ils étaient. Après que A_____ eut joui, il s'était redressé et avait allumé une cigarette. Il s'était senti mal et avait voulu arrêter. Il n'avait jamais ouvert ni enlevé son pantalon. A_____ avait déposé plainte contre lui car elle n'assumait pas ses actes. Il regrettait ce qui s'était passé.

f.a. Selon le rapport médical établi le 25 novembre 2021 par le Dr E_____, psychiatre et psychothérapeute, A_____, examinée le 27 août 2021, lui avait rapporté avoir subi des attouchements sexuels de la part du cousin de son époux durant la nuit du 24 au 25 août 2021 alors qu'elle dormait. Après un bref instant de stupéfaction, elle l'avait repoussé. Le médecin avait observé, chez sa patiente, un état

de fatigue, une expression faciale diminuée et un état de dissociation affectif avec une difficulté inhabituelle à organiser ses pensées, signes fréquemment retrouvés dans les stades initiaux de réaction psychique après un traumatisme. Lesdits signes étaient cohérents avec l'énoncé des faits.

f.b. Entendu par la police, le médecin précité a précisé que A_____ lui avait raconté s'être endormie sur le canapé à côté de son mari, alors que le cousin de ce dernier dormait aussi dans le salon. Elle avait été réveillée par des sensations de pénétration vaginale. Elle avait eu des sensations de plaisir et avait pensé que son mari en était à l'origine. A_____ s'était ensuite rendue compte qu'il s'agissait du cousin de celui-ci et l'avait repoussé. Elle avait ressenti de la peur et un état de tétanie, ne sachant pas comment réagir mais aussi de la honte, de la culpabilité et du dégoût.

g.a. La police a également procédé à l'audition des personnes à qui A_____ s'était confiée.

g.b. F_____, amie de cette dernière qui était présente lors du dépôt de plainte, a expliqué que le lendemain des faits, son amie lui avait raconté que le soir en question, D_____, qui avait beaucoup bu, s'était endormi sur le canapé. A_____ avait proposé à B_____ de rester à la maison pour dormir, étant précisé que la première avait dit au second de s'installer dans leur chambre à coucher. Puis, après que B_____ ait proposé à A_____ de regarder un film, celle-ci s'était endormie dans les bras de son époux. Tout à coup, A_____ s'était réveillée car elle avait eu un orgasme. Elle avait senti des doigts dans son vagin. Elle s'était rendue compte que ce n'était pas les doigts de D_____. Elle avait eu envie de crier pour que son mari se réveille mais elle n'avait pas réussi à le faire, car elle avait eu peur de sa réaction. Elle n'avait pas réussi à bouger. Après cela, A_____ s'était levée et avait fait comme si rien ne s'était passé.

Elle avait conseillé à A_____, laquelle voulait d'abord en informer son époux, de porter plainte. La précitée était toutefois mortifiée de devoir lui expliquer ce qui s'était passé. A_____ avait demandé à G_____, cousin de D_____, d'informer ce dernier des faits. Puis, comme D_____ ne voulait plus parler avec son épouse, elle avait joué les intermédiaires entre eux. Elle en avait "*eu marre*" et avait dit à son amie qu'elle devait porter plainte. Le jour-même, elles s'étaient donc rendues au poste de police. D_____ n'avait pas compris comment elle avait pu avoir un orgasme dans ces circonstances.

g.c. G_____ a expliqué connaitre B_____ depuis sa naissance. Un jour, l'épouse de son cousin l'avait appelé pour lui dire qu'elle avait quelque chose de grave à lui raconter. Lors de leur rencontre, A_____ lui avait dit qu'un soir, elle s'était assoupie devant la télévision avec D_____. Il y avait aussi B_____. Elle s'était

ensuite réveillée avec les doigts de ce dernier dans le vagin mais n'avait pas montré qu'elle s'était réveillée. Elle avait tout d'abord cru que c'était D_____ et s'était ensuite rendue compte que c'était B_____. Elle s'était levée pour aller aux toilettes ce qui avait mis fin à l'acte. Elle était restée bloquée, elle n'avait rien fait et n'avait eu aucune réaction. A_____ souhaitait qu'il parle de ce qui s'était passé à D_____, car elle avait peur de sa réaction.

g.d.H_____, cousine de A_____, a expliqué avoir vu cette dernière le 27 août 2021, laquelle lui avait dit qu'un soir, elle-même et son époux s'étaient endormis sur le canapé alors que B_____ se trouvait dans leur chambre. D_____ se trouvait dos à son épouse, laquelle l'enlaçait. Puis, A_____ s'était réveillée, sentant qu'on lui touchait les parties intimes. Elle pensait qu'il s'agissait de son mari. En se retournant, elle avait toutefois réalisé que ce n'était pas lui. Elle était choquée et ne savait pas quoi dire. A_____ l'avait "*stoppé*", H_____ ne pouvant toutefois préciser de quelle manière. Sa cousine lui avait dit avoir eu un orgasme. À la suite de cette histoire, le couple s'était disputé, D_____ ne pouvant concevoir que son épouse n'ait rien senti ni pu faire la différence avec son cousin à lui.

h. Entendu le 21 décembre 2022 par le Ministère public, D_____ a expliqué s'être rendu dans un bar avec son cousin, B_____, dans la soirée du 24 août 2021. Ils avaient bu deux kamikazes. Il n'avait aucun souvenir entre le moment où il avait bu le second kamikaze et son réveil chez lui le lendemain matin. Il ne se rappelait pas avoir pris le téléphone de son épouse pour écrire des messages. Il avait eu des doutes sur la véracité des propos tenus par son épouse.

i.a. Par avis de prochaine clôture du 2 février 2023, le Ministère public a informé les parties qu'il entendait rendre une ordonnance de classement et fixé un délai aux parties pour présenter leurs éventuelles réquisitions de preuves et/ou présenter leur état de frais.

i.b. A_____ a expliqué ne pas avoir de réquisition de preuve. Elle a toutefois attiré l'attention du Ministère public sur le fait qu'il ne lui appartenait pas de juger de la crédibilité des déclarations, analyse qui devait être effectuée par le juge du fond. Ainsi, si sa version devait être retenue, les éléments constitutifs de l'art. 191 CP seraient réunis, ce qui imposait une mise en accusation.

i.c. B_____ n'a fait valoir aucune réquisition de preuve. Il a transmis au Ministère public l'état de frais pour l'activité déployée par son conseil.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public relève qu'aucun élément objectif ne permet d'établir le déroulement des faits et que les versions des parties s'opposent sur plusieurs points essentiels. Ainsi, A_____ soutenait avoir été caressée de manière sexuelle par B_____ alors qu'elle était endormie et qu'elle pensait que les caresses

prodiguées l'étaient par son époux. B_____ avait reconnu avoir caressé le corps de la précitée et introduit ses doigts dans son vagin. Il avait toutefois contesté avoir agi alors que A_____ était endormie, incapable de résister et sans le consentement de cette dernière. Tout au long de l'instruction et de manière constante, il avait soutenu que A_____ n'était pas endormie mais parfaitement éveillée, consentante et consciente que c'était lui, et non son époux, qui lui prodiguait les actes d'ordre sexuel.

En tout état, l'élément subjectif faisait défaut. En effet, même à admettre que les faits s'étaient déroulés tel que narrés par A_____, il n'était pas établi que B_____ avait conscience du fait que cette dernière était endormie tout au long des caresses prodiguées, et donc incapable de résistance, dans la mesure où elle n'était pas alcoolisée, qu'elle avait bougé, respiré plus fort et même joui, ce qu'elle reconnaissait elle-même. De plus, A_____ n'avait, à aucun moment, exprimé le fait qu'elle n'était pas consentante, que ce soit par la parole ou par le geste. Les éléments constitutifs de l'art. 191 CP n'était pas réunis de sorte qu'un classement de la procédure s'imposait.

D. **a.** Dans son recours, A_____ reproche au Ministère public une constatation erronée des faits et une violation des art. 319 CPP et 191 CP.

Il s'agissait d'un délit entre quatre yeux. Il n'existait aucune contradiction dans les éléments essentiels de son récit qui justifiait un classement de la procédure. Lesdits éléments ressortaient d'ailleurs des différents témoignages, en particulier le fait qu'au moment des actes sexuels commis par B_____, elle dormait. S'agissant du premier épisode, elle avait expliqué s'être endormie à côté de son époux puis s'être réveillée car elle avait senti une main sur son corps, laquelle s'était déplacée à divers endroits. Pensant que ces gestes venaient de son époux, elle s'était alors rendormie. S'agissait du second épisode, elle s'était réveillée en raison d'une sensation d'orgasme. Elle avait alors constaté que des doigts se trouvaient dans son vagin. Elle avait, par la suite, compris qu'il s'agissait de ceux de B_____. À aucun moment, elle n'avait dit avoir bougé ou respiré fort pendant les actes commis, ce qui aurait pu laisser penser à B_____ qu'elle ne dormait pas.

Cela étant même si, par impossible, elle avait bougé ou respiré plus fort dans son sommeil, elle ne comprenait pas comment, alors qu'elle s'était endormie sur son époux, B_____ aurait pu croire qu'elle était réveillée et en mesure de s'opposer aux actes commis, ou encore penser qu'elle était consentante. Dans un tel cas, le dol éventuel pourrait donc être retenu. Ainsi, si ses déclarations devaient être retenues pour établir les faits, rien, dans sa version, ne permettait de retenir l'absence d'élément constitutif subjectif.

b. Le Ministère public conclut au rejet du recours.

Si les déclarations des parties étaient contradictoires s'agissant de savoir si A_____ était endormie au moment des faits, aucun élément ne permettait d'affirmer que B_____ aurait eu conscience du fait qu'elle aurait pu être endormie au moment des actes litigieux. Au contraire, il ressortait de la procédure que A_____ n'était pas alcoolisée et qu'elle n'avait pas consommé de drogue ce soir-là. Après une forte dispute avec son époux, elle avait demandé au cousin de ce dernier de rester pour la nuit et de s'installer sur le canapé avec eux. Avant de la caresser au niveau du vagin, B_____ avait expliqué l'avoir caressée sur les hanches, le dos, les jambes et les fesses, ce qu'avait confirmé A_____, qui avait indiqué avoir, dans un premier temps, senti une main sur son corps qui s'était déplacée à divers endroits, avant de se rendormir. De plus, dans la mesure où A_____ avait eu un orgasme ensuite desdites caresses, ce qu'elle reconnaissait elle-même, son corps avait vraisemblablement dû montrer des signes d'excitation tels que des mouvements du corps et une respiration forte, comme relaté par B_____, et ce même dans l'éventualité où elle aurait été endormie. Enfin, elle n'avait, à aucun moment, exprimé le fait qu'elle n'était pas consentante, par la parole ou la gestuelle, même après avoir joui. Dans ces circonstances, il apparaissait vraisemblable que B_____ ait pu penser, de bonne foi, que l'état de la recourante lui permettait toujours de se déterminer d'après son libre arbitre et qu'elle avait consenti aux caresses prodiguées. Aucun acte d'enquête supplémentaire ne pouvait apporter d'éclaircissements nouveaux permettant d'établir une prévention pénale suffisante contre B_____. Ainsi, les probabilités d'acquittement étaient nettement plus élevées que celles d'une condamnation.

c.B_____ conclut au rejet du recours, sous suite de dépens.

Il était "*invraisemblable*" de retenir que l'introduction de plusieurs doigts dans le vagin ne réveille pas A_____ alors qu'une simple caresse sur le côté du ventre l'avait réveillée précédemment. De même, il était "*invraisemblable*" qu'elle puisse se rendormir après avoir subi une prétendue agression sexuelle et qu'elle puisse faire "*comme si de rien n'était*". Enfin, contrairement à ce qui était allégué sur recours, le rapprochement physique avait été initié par A_____. L'on en déduisait que A_____ craignait qu'il raconte, avant elle, les faits qui s'étaient produits entre eux.

Il était exact de retenir que l'élément subjectif faisait défaut. Quoiqu'il en soit, comme A_____ dormait, elle ne pouvait pas contredire ses propos selon lesquels elle avait bougé et respiré fort avant de jouir.

d.A_____ réplique.

Dans ses observations, le Ministère public retenait que son corps avait vraisemblablement dû montrer des signes d'excitation, ce même si elle avait été endormie, raisonnement qui était différent de celui de l'ordonnance querellée, qui retenait lesdits signes comme établis.

Cela étant, même à considérer que tel était le cas, lesdits signes ne permettaient pas de considérer que B_____ ne pouvait pas comprendre qu'elle dormait. Tous les comportements qu'elle avait adoptés (elle avait proposé à B_____ d'aller seul dans la chambre, elle s'était couchée à côté de son époux et s'était recouverte d'une couverture, lors de la commission des actes elle était allongée dans les bras de ce dernier et avait les yeux fermés, il était une heure avancée dans la nuit, elle n'a effectué aucun geste ni prononcé de parole qui aurait pu incité B_____ à croire qu'elle souhaitait entretenir des actes sexuels avec lui) indiquaient qu'elle souhaitait dormir après une soirée difficile. Il était donc impossible que B_____ n'ait pas compris qu'elle dormait, même à considérer qu'elle ait pu bouger pendant son sommeil. Dans tous les cas, les faits avaient été commis par dol éventuel; cet exercice était de la compétence du juge du fond et non du Ministère public, tout comme l'évaluation de sa crédibilité.

Un classement n'était possible que si elle s'était contredite de manière flagrante. Or, tel n'était pas le cas. Enfin, le Tribunal fédéral avait retenu, à plusieurs reprises, que l'infraction était consommée dès le moment où l'auteur réalisait l'acte sexuel en pénétrant le sexe de la victime de ses doigts alors qu'à cet instant elle était plongée dans un sommeil et de ce fait incapable de s'y opposer (arrêt du Tribunal fédéral 6B_215/2021 du 17 janvier 2022 consid. 4.4).

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 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 recourante fait grief au Ministère public d'avoir classé sa plainte.

2.1. Aux termes de l'art. 319 al. 1 let. b CPP, le ministère public ordonne le classement de la procédure lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis.

Cette disposition doit être interprétée à la lumière du principe "*in dubio pro duriore*", selon lequel un classement ne peut être prononcé que quand il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables. Ainsi, la procédure doit se poursuivre quand une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou que les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'infractions graves. Le ministère public et l'autorité de

recours disposent, à ce sujet, d'un pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1164/2020 du 10 juin 2021 consid. 2.1).

Dans les procédures où l'accusation repose essentiellement sur les déclarations de la victime, auxquelles s'opposent celles du prévenu et lorsqu'il n'est pas possible d'estimer que certaines dépositions sont plus crédibles que d'autres, le principe *in dubio pro duriore* impose en règle générale que le prévenu soit mis en accusation (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.2 et les arrêts cités). Cela vaut en particulier lorsqu'il s'agit de délits commis typiquement "*entre quatre yeux*" pour lesquels il n'existe souvent aucune preuve objective.

Il peut toutefois être renoncé à une mise en accusation lorsque la partie plaignante fait des dépositions contradictoires, rendant ses accusations moins crédibles ou encore lorsqu'une condamnation apparaît au vu de l'ensemble des circonstances *a priori* improbable pour d'autres motifs (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.2; arrêts 6B_277/2021 précité consid. 3.1.3; 6B_258/2021 précité consid. 2.2 et les arrêts cités). En outre, face à des versions contradictoires des parties, il peut être exceptionnellement renoncé à une mise en accusation lorsqu'il n'est pas possible d'apprécier l'une ou l'autre version comme étant plus ou moins plausible et qu'aucun résultat n'est à escompter d'autres moyens de preuve (arrêts du Tribunal fédréal 6B_277/2021 précité consid. 3.1.3; 6B_258/2021 précité consid. 2.2; 6B_1164/2020 du 10 juin 2021 consid. 2.2).

2.2. L'art. 191 CP prévoit que celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Une personne est incapable de résistance lorsque l'état dans lequel elle se trouve l'empêche de s'opposer aux actes d'ordre sexuel. La cause de cet état n'a pas d'importance. L'origine de l'incapacité peut être physique (victime impotente ou attachée) ou psychique (victime endormie, sous médicaments, drogues, hypnose, etc.; A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), *Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie spéciale : art. 111-392 CP,* Bâle 2017, n. 10 ad art 191).

Sur le plan subjectif, l'art. 191 CP est une infraction intentionnelle. Il appartient au juge d'examiner avec soin si l'auteur avait vraiment conscience de l'état d'incapacité de la victime. Le dol éventuel suffit (arrêt du Tribunal fédéral 6B_762/2018 précité, consid. 2.2). Il n'y a pas d'infraction si l'auteur est convaincu, à tort, que la personne est capable de discernement ou de résistance au moment de l'acte (arrêts du Tribunal fédéral 6B_578/2018 précité consid. 2.1; 6B_996/2017 du 7 mars 2018 consid. 1.1; 6B_60/2015 du 25 janvier 2016 consid. 1.2.1).

2.3. En l'espèce, si les parties s'accordent à dire que l'intimé a caressé de manière sexuelle la recourante, elles livrent chacune une version de l'évènement dénoncé en opposition l'une avec l'autre. En particulier, leurs déclarations sont contradictoires sur les questions décisives de l'état dans lequel se trouvait la recourante au moment des faits et de la conscience du prévenu dudit état.

Lorsqu'il s'agit d'un délit commis "*entre quatre yeux*", pour lequel il n'existe aucune preuve objective, comme c'est le cas en l'occurrence – aucun témoin n'ayant assisté à la scène, la seule personne présente, soit D_____, endormi au moment de l'évènement litigieux, n'ayant aucun souvenir de la soirée en question – la jurisprudence impose la mise en accusation du prévenu, sauf si les déclarations de la partie plaignante sont contradictoires au point de les rendre moins crédibles.

Or, l'analyse du dossier met en lumière certaines contradictions et incohérences dans la version que la recourante soutient. Elle affirme en effet s'être endormie auprès de son époux sur le canapé, à distance de l'intimé, puis avoir senti une main, qu'elle pensait être celle de son époux, lui prodiguer une caresse sur le ventre avant de se rendormir. Plus tard, elle raconte avoir été réveillée par un orgasme et avoir constaté que l'intimé avait ses doigts dans son vagin. Elle maintient ne pas avoir eu d'interaction avec ce dernier. Si, à la police, la recourante a déclaré avoir senti son pantalon se baisser au niveau de ses cuisses lors du premier épisode qu'elle décrit, elle a affirmé, devant le Ministère public, ne pas s'être réveillée lorsque l'intimé avait baissé son pantalon et sa culotte, et s'en être rendue compte seulement lorsqu'elle avait ouvert les yeux, au moment de l'orgasme. Elle avait aussi, dans un premier temps, expliqué s'être endormie la tête sur les cuisses de son époux et non sur le torse de ce dernier.

En outre, la recourante affirme ne pas avoir été capable de manifester son désaccord au moment des faits. S'il est concevable – selon la version qu'elle soutient – qu'elle ait pu être surprise de la situation en se réveillant, il est toutefois difficilement compréhensible qu'elle n'ait pas demandé à l'intimé de quitter le salon, voire l'appartement, à son retour de la salle de bain – l'intimé s'étant levé à sa seule initiative pour se rendre dans la chambre à coucher, ce qu'elle admet – allant même jusqu'à lui proposer de rester pour boire le café le lendemain matin. En tout état, même à considérer qu'elle ait pris conscience des faits seulement après le départ de l'intimé, rien n'explique que, quelques heures plus tard, elle ait ponctué leur échange de messages par un émoticône représentant un "*bisous-cœur*". De plus, contrairement à ce qu'elle affirme, il n'apparait pas qu'elle ait "*bloqué*" l'intimé ensuite de cet échange, mais plusieurs jours plus tard.

Il s'ensuit que la crédibilité du récit de la recourante est mise à mal, affaiblissant dans la même mesure les soupçons qui pèsent sur l'intimé, qui est demeuré constant dans ses dénégations à la police et au Ministère public.

En effet, selon ce dernier, la recourante, qui n'était pas couchée sur le torse de son époux mais entre eux, avait placé une couverture sur eux – elle et lui – avant de se rapprocher de lui. Il lui avait prodigué des caresses avec les mains, par-dessus puis sous le training, qu'il avait baissé. De par sa gestuelle corporelle, la recourante, qui ne dormait pas et ne s'était pas rendormie entre-temps, avait manifesté son consentement; ils avaient d'ailleurs eu un contact visuel. Elle avait pris du plaisir. Il avait ensuite retiré ses doigts de son vagin regrettant ce qu'il s'était passé. Sa version des faits, qui apparait cohérente et crédible, est corroborée par le comportement de la recourante après les faits, les messages échangés avec elle le lendemain ainsi que ceux adressés à D_____ deux jours plus tard, l'intimé avouant même à ce dernier avoir caressé sexuellement A_____, laquelle ne s'y était pas opposée.

Pour le surplus, le dossier ne recèle aucun élément probant qui viendrait étayer les accusations de la recourante.

Au contraire, les déclarations des témoins à qui elle s'est confiée divergent sur plusieurs points avec sa version. Ainsi, le Dr E_____ et H_____ ont expliqué que la recourante leur avait raconté avoir "*repoussé*", respectivement "*stoppé*", l'intimé. La cousine de cette dernière ajoute que l'intimé était dans la chambre du couple lorsque la recourante et son époux s'étaient endormi sur le canapé, étant précisé que la première enlaçait le second. Enfin, le témoignage de F_____, bien que corroborant globalement la version de la recourante, ne saurait, à lui seul, constituer un élément à charge suffisant, dès lors que la prénommée était présente lors du dépôt de plainte à la police. Il sera d'ailleurs relevé que, selon les déclarations de la prénommée, la plainte aurait été déposée sur son impulsion le 27 août 2021, soit le jour où, d'une part, l'intimé a demandé à la recourante de dire à son époux de le contacter et, d'autre part, D_____ a été informé des faits par son cousin G_____. Enfin, même si le médecin a retenu que les symptômes présentés par la recourante étaient compatibles avec un traumatisme, l'on ignore toutefois si ledit traumatisme est en lien avec les attouchements dénoncés, ce d'autant compte tenu de l'altercation survenue le soir des faits avec son époux.

Partant, l'on doit considérer que les éléments constitutifs de l'art. 191 CP ne sont pas réunis de sorte que la probabilité d'un acquittement du prévenu semble supérieure à celle d'une condamnation; le classement de la procédure s'imposait donc, étant précisé que les parties admettent qu'aucun autre acte d'enquête n'est propre à établir les faits.

3. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

4. La recourante sollicite l'assistance judiciaire pour le recours.

4.1. L'art. 136 al. 1 CPP soumet le droit à l'assistance judiciaire à la partie plaignante à deux conditions : la partie plaignante doit être indigente (let. a) et l'action civile ne doit pas paraître vouée à l'échec (let. b).

4.2. Dans son rapport du 26 juin 2023, le Greffe de l'assistance juridique constate que le disponible mensuel de A_____ dépasse encore de CHF 5'168.50 le minimum vital élargi et de CHF 5'743.50 le minimum vital strict, de sorte qu'elle ne remplit pas les conditions d'indigence pour pouvoir bénéficier de l'aide étatique.

4.3. En l'espèce, la recourante ne remplit déjà pas la condition de l'indigence, à teneur du rapport du Greffe de l'assistance juridique et, vu l'issue du recours, l'action civile était de toute manière vouée à l'échec.

La requête ne peut dès lors qu'être rejetée.

5. La recourante, qui succombent, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 900.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03), étant précisé que la demande de refus de l'assistance judiciaire est rendue sans frais (art. 20 RAJ).

6. Le prévenu obtient gain de cause. Son défenseur d'office requiert une indemnité correspondant à trois heures au tarif horaire "*chef d'étude*".

6.1. À teneur de l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. À Genève, le tarif est édicté à l'art. 16 RAJ (E 2 05 04); il prévoit une indemnisation sur la base d'un tarif horaire de CHF 200.- pour un chef d'étude (let. c).

6.2. 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 qualité du travail fourni ainsi que du résultat obtenu (art. 16 al. 2 RAJ).

6.3. En l'espèce, eu égard à l'activité déployée, soit des observations de 4 pages, non exemptes de redites et faisant essentiellement référence à l'ordonnance querellée, son indemnité sera arrêtée à CHF 323.10, correspondant à 1h30 minutes d'activité au tarif horaire de CHF 200.-, TVA à 7.7% incluse.

Cette somme sera mise à la charge de l'État (ATF 147 IV 47 consid. 4.2.5 p. 53 s.), la partie plaignante qui succombe devant l'autorité de recours n'ayant pas à supporter l'indemnité des frais de défense du prévenu lorsque la décision attaquée est une

ordonnance de classement ou de non-entrée en matière (ATF 139 IV 45 consid. 1.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_357/2015 du 16 septembre 2015 consid. 2.2).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Rejette la demande d'assistance judiciaire.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 900.-.

Dit que ce montant sera prélevé sur les sûretés versées.

Alloue à M^e^ C_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 323.10 pour la procédure de recours.

Notifie le présent arrêt, en copie, aux parties, soit pour elles leurs conseils respectifs, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Mesdames Alix FRANCOTTE CONUS et Françoise SAILLEN AGAD, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Julien CASEYS	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/17117/2021 **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	805.00
Total	CHF	**900.00**