REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/21/2023 **ACPR/298/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 27 avril 2023

Entre

A_____, sans domicile connu, comparant par M^e^ B_____, avocate,

recourant,

contre la fouille corporelle intervenue le 21 janvier 2023 au poste de police de C_____,

et

LA POLICE CANTONALE DE GENÈVE, boulevard Carl-Vogt 19, case postale 236, 1211 Genève 8, représentée par la Commandante de la police,

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. Par acte expédié le 30 janvier 2023, A_____ recourt contre la fouille corporelle intervenue, sur sa personne, le 21 précédent au poste de police de C_____ [GE].

Le recourant conclut, sous suite de frais, au constat du caractère illicite de ladite fouille et à l'allocation d'une indemnité de CHF 1'000.- à titre de tort moral.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Appelée pour un vol à l'étalage de vêtements survenu dans le centre commercial de D_____, le 21 janvier 2023, la police a interpellé à proximité des lieux A_____ et E_____, lesquels transportaient neuf vestes d'une valeur totale de CHF 3'501.-.

b. Dans le rapport d'interpellation établi le jour même, la rubrique "*Usage de la force / contrainte*" est remplie de la manière suivante concernant A_____:

- "*Fouille – Oui, […], fouille en deux temps*";

- "*Usage de la force – Non*".

c. Lors de son audition, A_____ a admis avoir volé les vestes, séjourné illégalement en Suisse et être démuni d'un passeport valable. Il avait simplement pris les vestes et était parti du magasin. Il avait ensuite mis son butin dans un sac "*abandonné dans la rue*".

En réponse aux questions générales posées par la police, il a précisé suivre un traitement du fait qu'il était un "*junkie*".

d. Le 22 janvier 2023, le Ministère public a ordonné la défense d'office de A_____ et nommé M^e^ B_____ à ce titre.

e. À teneur de son casier judiciaire suisse, A_____ a été condamné à trois reprises, soit les 19 décembre 2021, 21 janvier et 19 mars 2022 pour des vols (ou des tentatives de vol), en sus de violations à la LEI.

C. **a.** Dans son recours, A_____ affirme avoir subi une "*fouille à nu en deux temps*" illicite. Durant son arrestation, il s'était montré calme et coopérant, tout en admettant les faits reprochés, contrairement à son comparse. Rien ne permettait ainsi de conclure qu'il était enclin à la violence, ses antécédents ne comprenant, par ailleurs, que des infractions contre le patrimoine ou liées à la LEI. Son appréhension était survenue "*par surprise*", si bien que les probabilités qu'il eût dissimulé sur lui des

objets dangereux ou susceptibles d'être confisqués étaient pratiquement inexistantes. Même pour sa propre sécurité, la mesure ne se justifiait pas; une simple palpation sur les vêtements s'avérait suffisante. Il avait mal vécu ladite fouille pour des raisons religieuses, ce qui justifiait l'allocation d'une indemnité pour tort moral.

b. Dans ses observations, la Commandante de la Police affirme que le gendarme ayant procédé à la fouille de A_____ n'avait jamais demandé à celui-ci d'ôter son caleçon, aucun indice justifiant un examen visuel des parties intimes n'ayant été mis en évidence. La fouille corporelle en deux temps, sans examen visuel des parties intimes, se justifiait pour des raisons sécuritaires et probatoires. Le risque que le recourant eût caché sous ses vêtements, par exemple, un objet coupant pour retirer les antivols, ne pouvait pas être exclu, de même que la dissimulation d'autres objets volés.

c. Dans ses observations, le Ministère public conteste la réalisation d'une fouille corporelle à nu. À teneur du rapport d'interpellation, la fouille exercée n'avait pas impliqué un examen visuel des parties intimes. Dans ces circonstances, la mesure était légitime et proportionnée dès lors qu'en lien avec les précédentes condamnations de l'intéressé et sa consommation – admise – de stupéfiants; il ne pouvait être exclu que celui-ci eût dissimulé des objets dérobés plus petits ou alors des produits illicites. À teneur des directives en la matière, dont l'Ordre de service OS PRS.16.01 dénommé "*Usage de la force, moyens de contrainte et fouille*" (ci-après: Ordre de service) produit, il s'agissait du "*cas standard où la police* [devait] *pouvoir fouiller la personne interpellée*". Aucune indemnité n'était due.

d. Dans sa réplique, A_____ soutient qu'un risque hypothétique abstrait de dangerosité ne pouvait justifier une "*fouille complète*". D'un point de vue concret, une palpation était suffisante plutôt que d'exposer son "*intimité*". Sa situation était ainsi comparable à l'état de fait de l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_178/2022 et appelait le même constat du caractère illicite de la fouille.

EN DROIT :

1. **1.1.** 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 fouille de personne effectuée par la police, soit un acte de procédure sujet à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP; ACPR/160/2022 du 8 mars 2022 consid. 1) et émaner du prévenu qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé au constat de l'illicéité de la mesure (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1; 146 I 97 consid. 1.1; ACPR/160/2022 précité).

1.2. Les pièces nouvelles produites devant la Chambre de céans sont également recevables, la jurisprudence admettant la production de faits et de moyens de preuve

nouveaux en deuxième instance (arrêt du Tribunal fédéral 1B_550/2022 du 17 novembre 2022 consid. 2.2).

2. Le recourant soutient que la fouille corporelle sur sa personne était illicite et disproportionnée.

2.1. Les mesures de contrainte sont des actes de procédure des autorités pénales qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes intéressées (ACPR/168/2022 du 8 mars 2022 consid. 2.1).

Conformément à l'art. 197 al. 1 CPP, elles ne peuvent être prises qu'à la condition d'être prévues par la loi (let. a), que des soupçons suffisants laissent présumer une infraction (let. b), que les buts poursuivis ne puissent pas être atteints par des mesures moins sévères (let. c) et qu'elles apparaissent justifiées au regard de la gravité de l'infraction (let. d).

2.2.1. Selon l'art. 249 CPP, les personnes et les objets ne peuvent être fouillés sans le consentement des intéressés que s'il y a lieu de présumer que des traces de l'infraction ou des objets ou valeurs patrimoniales susceptibles d'être séquestrées peuvent être découverts.

La fouille de personnes et d'objet au sens de cette norme est une fouille probatoire dans la mesure où elle est conditionnée par l'existence d'une présomption selon laquelle des traces de l'infraction, des objets ou des valeurs patrimoniales susceptibles d'être séquestrés pourraient être découverts. Tel peut notamment être le cas d'une personne soupçonnée d'avoir commis un vol à l'étalage ou à la tire, ou encore de détenir le produit d'un vol (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE [éds], *op. cit*., n. 1 et 1a *ad* art. 249). La condition probatoire est avérée lorsqu'une infraction a été constatée et que des soupçons fondés sont portés sur une personne, de manière directe ou indirecte (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *op. cit.,* n. 1a ad art. 249). À l'inverse, la fouille est interdite lorsqu'il y a lieu de penser qu'elle ne permettra de découvrir que des objets qui ne peuvent être séquestrés au sens de l'art. 264 CPP (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, n. 3 ad art. 249).

2.2.2. La fouille de personnes et d'objet ne doit pas être confondue avec la fouille de sécurité de la personne appréhendée ou arrêtée au sens de l'art. 241 al. 4 CPP (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *op. cit.,* n. 1 ad art. 249). Le but sécuritaire vise la personne contrainte elle-même, mais également les tiers et les membres du corps de police présents sur les lieux de l'appréhension ou de l'arrestation (ATF 142 IV 129 consid. 2.2, p. 133).

2.2.3. Même lorsqu'un danger ne peut être exclu en raison notamment du comportement du prévenu, il peut suffire, pour déterminer si ce dernier est en possession d'armes ou d'autres objets dangereux, de le palper par-dessus ses vêtements, sans qu'il soit nécessaire de le déshabiller complètement (arrêts du Tribunal fédéral 1B_176/2016 du 11 avril 2017 consid. 6.6; 6B_391/2013 du 27 juin 2013 consid. 1.4 et 1P.323/1988 du 15 février 1991 consid. 5c). S'agissant du risque auto-agressif lié au fait que le concerné soit enfermé dans une cellule pendant une courte période, une mise en danger peut également être exclue en procédant de la même manière, et, si besoin, en lui enlevant sa ceinture et ses lacets (arrêt 1B_176/2016 précité consid. 6.6). Si les soupçons en lien avec l'infraction reprochée sont insuffisants et qu'il n'existe aucune raison objective de supposer que le prévenu soit en possession d'objets dangereux, une fouille à nu, voire même en sous-vêtements, ne peut être ordonnée, un contrôle par palpation ou éventuellement à l'aide de moyens techniques habituels étant ainsi suffisant. La fouille corporelle devra être proportionnée et nécessaire au vu du maintien de la sécurité, celle-ci ne justifiant pas systématiquement une fouille complète et/ou intime (ATF 109 Ia 146 consid. 8a et b avec référence à l'arrêt du Tribunal fédéral P.656/1980 du 3 juin 1981 consid. 4).

2.2.4. À teneur de l'Ordre de service et de la Directive du Procureur général sur la police judiciaire (D.4; point 42), l'examen visuel des parties intimes en cas de fouille corporelle en deux temps n'est pas systématique. Elle doit être pratiquée s'il existe un "*soupçon concret que la personne interpellée dissimule des objets dangereux ou des éléments de preuve*". La ligne correspondante dans le rapport d'interpellation doit être remplie selon les indications suivantes: "*Non / Si oui, par: grade nom et matricule et quel type de fouille (fouille de sécurité par palpation, fouille corporelle, fouille corporelle avec examen visuel des parties intimes). Si fouille corporelle avec examen visuel des parties intimes, expliquer les motifs*".

2.2.5. Dans un arrêt 1B_178/2022 du 1er novembre 2022, le Tribunal fédéral a jugé illicite la fouille en deux temps, avec examen visuel des parties intimes, d'un prévenu interpellé pour le vol de bouteilles de vin dans un magasin d'alimentation, en présence de sa fille mineure, dès lors que l'intéressé ne pouvait pas s'attendre à être arrêté ce jour-là, que les soupçons à son encontre ne portaient pas sur un trafic de stupéfiants et qu'il s'était montré calme et coopérant tout du long. Au vu des circonstances, le risque que le prévenu ait pu dissimuler, préalablement, un objet dangereux dans une cavité corporelle pour le cas où il aurait été interpellé semblait ténu.

2.3.1. Si le prévenu a, de manière illicite, fait l'objet de mesures de contrainte, l'autorité pénale lui alloue une juste indemnité et réparation du tort moral (art. 431 al. 1 CPP). Un acte illicite est un acte violant la loi, qu'elle concerne le droit matériel ou de procédure. L'illicéité ne présuppose pas la faute, ni la violation caractérisée des devoirs de fonction : il suffit que l'acte soit contraire aux règles de la procédure

pénale. L'illicéité se confond avec l'illégalité. Elle peut être matérielle ou formelle. L'illicéité matérielle se rencontre lorsque les conditions au prononcé de la mesure de contrainte font défaut ou lorsque leur exécution viole la loi. L'illicéité formelle découle de la violation des règles de procédure relatives à la mesure de contrainte envisagée (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse,* 2ème éd., Bâle 2019, n. 3 *ad* art. 431).

2.3.2. Le prévenu peut également être indemnisé lorsque la mesure de contrainte est formellement licite, mais que le principe de proportionnalité n'a pas été respecté (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *CPP, Code de procédure pénale,* Bâle 2016, 2ème éd., n. 4 *ad* art. 431). En effet, même autorisé par la loi, l'acte commis dans l'accomplissement d'un devoir de fonction doit être proportionné à son but. Pour respecter la proportionnalité, il faut pondérer les valeurs qui entrent en considération: d'une part, la fin poursuivie par l'agent, d'autre part, les moyens employés pour les réaliser (ATF 107 IV 84 consid. 4a p. 86).

2.4. En l'espèce, s'il n'est pas contesté qu'une fouille a été réalisée sur le recourant, la nature exacte de la mesure demeure indéterminée.

Les développements du recourant présupposent qu'il aurait été mis à nu, tandis que les autorités intimées contestent ce degré d'examen, alléguant que celui-ci aurait conservé ses sous-vêtements durant la fouille. Quant au rapport d'interpellation, il ne signale qu'une "*fouille en deux temps*".

Il s'ensuit qu'aucun élément objectif ne permet de tenir pour établie une version plutôt qu'une autre.

Cela étant, eu égard aux directives de l'Ordre de service, qui distinguent la "*fouille corporelle*" et la "*fouille corporelle avec examen visuel des parties intimes*", l'absence de cette seconde mention dans le rapport d'interpellation signifie que la fouille n'a pas impliqué ce degré de contrôle. Le recourant n'a, par ailleurs, fait qu'affirmer – péremptoirement – avoir été fouillé à nu, sans donner le moindre détail sur le déroulement des évènements. Il n'a même pas réagi – dans sa réplique – aux dénégations des autorités intimées qui ont pourtant fourni des explications complémentaires et proposé des moyens de preuve pour étayer leur version.

Compte tenu de ce qui précède, il apparait plus vraisemblable que la mesure s'est déroulée conformément aux dires de la police, à savoir une fouille en deux temps du recourant, durant laquelle celui-ci n'a pas dû ôter ses sous-vêtements.

Reste à déterminer si, dans ces circonstances, la fouille était licite.

2.5. En l'occurrence, le recourant a expliqué avoir pris les vestes dans le magasin et être parti. Ce n'est qu'une fois à l'extérieur du centre commercial qu'il allègue avoir rangé son butin dans un sac trouvé dans la rue. Il n'a ainsi pris aucune précaution pour dissimuler ses méfaits, tandis que les biens dérobés étaient encombrants – de par leur nature et leur nombre – même à supposer qu'ils se soient répartis les vêtements avec son comparse. En procédant de la sorte, il ne pouvait exclure d'être repéré par un employé du magasin et, par la suite, d'être intercepté, par un agent ou même un vigile. Le présent cas diffère donc de l'arrêt 1B_178/2022, dans lequel le prévenu avait, au demeurant, subi une fouille en deux temps, mais à nu.

En parallèle, la police, appelée pour un vol à l'étalage, a repéré et interpellé le recourant alors qu'il se trouvait encore aux alentours du centre commercial, en possession des vestes subtilisées. De plus, l'intéressé avait déjà fait l'objet de précédentes condamnations pour vols.

Ainsi, au moment d'amener le recourant au poste, les policiers pouvaient nourrir de forts soupçons contre lui d'être l'auteur du vol des vestes – ce qui s'est avéré exact ensuite – mais également, compte tenu du lieu de l'interpellation et des antécédents de l'intéressé, d'autres objets plus petits. La présence d'outils tranchants – pour retirer les antivols par exemple – devait également être pris en considération.

Il existait ainsi des motifs probatoires et sécuritaires à procéder à la fouille du recourant, nonobstant son comportement calme et coopérant. Pour parvenir à ces fins, la police a pratiqué une fouille en deux temps, sans effectuer un examen visuel des parties intimes. En ce sens, elle a agi conformément aux recommandations de l'Ordre de service. Ce faisant, elle n'a infligé ni souffrance ni humiliation inutiles au recourant, se limitant à un examen nécessaire et adéquat.

Même si la fouille a pu – malgré tout – paraître déplaisante au recourant, elle n'a pas outrepassé le seuil des désagréments inhérents à une interpellation, que toute personne soupçonnée d'une infraction doit être à même de supporter. Partant, les actes entrepris par la police ne prêtent pas le flanc à la critique.

3. Faute d'illicéité des actes de police dénoncés, le recourant ne saurait prétendre à aucune indemnité.

4. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en intégralité à CHF 500.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03). En effet, l'autorité de recours est tenue de dresser un état de frais pour la procédure de deuxième instance, sans égard à l'obtention de l'assistance judiciaire (arrêts du Tribunal fédéral 1B_372/2014 du 8 avril 2015 consid. 4.6 et 1B_203/2011 du 18 mai 2011 consid. 4).

5. La procédure spéciale en lien avec la fouille étant close (art. 135 al. 2 CPP), il convient de fixer l'indemnisation du défenseur d'office pour son activité en deuxième instance.

5.1. L'art. 135 al. 1 CPP prévoit que le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération et du canton for du procès. À Genève, le tarif des avocats est édicté à l'art. 16 RAJ et s'élève à CHF 200.- de l'heure pour un chef d'étude (al. 1 let. c). Seules les heures nécessaires sont retenues; elles sont appréciées en fonction, notamment, de la nature, l'importance et les difficultés de la cause, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu (art. 16 al. 2 RAJ).

5.2. En l'espèce, M^{e} B_____ n'a pas produit d'état de frais pour la procédure de recours (art. 17 RAJ), ni chiffré ses prétentions.

Eu égard à l'activité déployée, soit un recours de sept pages (page de garde et conclusions incluses) et des observations de deux pages, la rémunération totale sera fixée à CHF 646.20 correspondant à trois heures d'activité au tarif horaire de CHF 200.-, TVA à 7.7 % incluse.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Met à la charge de A_____ les frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 500.-.

Alloue à M^e^ B_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 646.20, TVA à 7.7% incluse, pour la procédure de recours.

Notifie le présent arrêt, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, au Ministère public et à la Police cantonale de Genève.

Siégeant :

Madame Daniela CHIABUDINI, présidente; Mesdames Corinne CHAPPUIS BUGNON et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Séverine CONSTANS, greffière.

La greffière :	La présidente :
Séverine CONSTANS	Daniela CHIABUDINI

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).

PS/21/2023 **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	405.00
-	CHF	
Total	CHF	**500.00**