RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

JUGEMENT

DU TRIBUNAL CORRECTIONNEL

Chambre 12

6 juillet 2022

MINISTÈRE PUBLIC

A_____, partie plaignante, assistée de Me R_____

B_____, partie plaignante

contre

X_____, né le _____1990, domicilié _____, prévenu, assisté de Me S_____

Siégeant : M. Antoine HAMDAN, président, Mme Alessandra ARMATI et Mme Katerina FIGUREK ERNST, juges, Mme Séverine CLAUDET, greffière

P/12941/2019

CONCLUSIONS FINALES DES PARTIES :

Le Ministère public conclut à l'acquittement du prévenu.

Me R_____, conseil de A_____, conclut à la culpabilité de X_____ du chef d'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, à l'octroi d'une indemnité pour tort moral de CHF 10'000.- et à l'octroi d'une indemnité au sens de l'art. 433 CPP d'un montant de CHF 14'321.40. Il conclut à ce que le prévenu soit condamné aux frais de la procédure.

Me S_____, conseil de X_____, conclut à l'acquittement de son mandant. Il conclut au rejet des conclusions civiles ainsi qu'au rejet d'une indemnité au sens de l'art. 433 CPP. Il conclut à ce que les frais de la procédure soient laissés à la charge de l'Etat.

***

EN FAIT

A. Par acte d'accusation du 22 mai 2020, il est reproché à X_____ une infraction d'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP) pour avoir, à Genève, le 3 avril 2019, dans un appartement sis rue _____ 5, lors d'un rapport sexuel avec A_____, et le 24 juin 2019, dans un appartement sis rue _____ 7, lors d'un rapport sexuel avec B_____, retiré son préservatif sans le consentement de celles-ci et alors qu'il savait que leurs rapports étaient soumis à la condition d'être protégés, et d'avoir éjaculé dans leur vagin, étant précisé qu'au moment du retrait du préservatif et de la pénétration, A_____ et B_____ lui tournaient le dos et n'étaient pas en mesure de s'apercevoir du fait qu'il avait retiré son préservatif, élément dont X_____ était conscient et dont il a sciemment profité, A_____ et B_____ ayant déposé plainte pénale pour ces faits respectivement les 9 avril et 24 juin 2019.

B.a. Les faits tels que décrits dans l'acte d'accusation sont admis par le prévenu et établis à teneur du dossier.

b. Par ordonnance du 25 mai 2020, le Tribunal correctionnel a suspendu la présente procédure jusqu'à droit connu sur le recours pendant devant le Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 28 novembre 2019 (_____) rendu dans une affaire de même nature, étant précisé que les tribunaux cantonaux du canton de Vaud et Bâle-Campagne avaient également été amenés à se prononcer sur des affaires présentant la même question juridique et que des arrêts contradictoires avaient été rendus par les juridictions cantonales.

c. Par ordonnance du 10 juin 2022, le Tribunal correctionnel a ordonné la reprise de la procédure, compte tenu des arrêts du 11 mai 2022 rendus par le Tribunal fédéral dans l'affaire zurichoise (6B_265/2020) et l'affaire bâloise (6B_34/2020) précitées, arrêts destinés à la publication et ayant fait l'objet d'un communiqué de presse du 9 juin 2022.

C.a.a. À l'audience de jugement, X_____ a réitéré ses déclarations portant sur l'intégralité des faits reprochés. Il a présenté ses excuses aux deux victimes pour le tort causé et s'est dit conscient de la peur que celles-ci avaient pu ressentir.

a.b. Ainsi que l'atteste le certificat médical du 22 juin 2022 versé à la procédure à l'audience de jugement, X_____ a débuté, en juillet 2019, un suivi sexothérapeutique lui ayant permis d'atteindre une maturation sexuelle et d'acquérir la capacité de respecter les limites imposées par les femmes dans le cadre des rapports sexuels.

b.a. A_____, travailleuse du sexe, a expliqué avoir été fortement affectée par les évènements, à la fois physiquement et psychologiquement. Depuis les faits, elle était atteinte dans sa capacité d'entretenir des relations sexuelles et souffrait d'insomnies.

b.b. A l'appui des prétentions civiles visant notamment à l'allocation d'une indemnité pour tort moral de CHF 10'000.-, A_____ a produit, en sus des certificats médicaux attestant d'une incapacité de travail, un rapport de suivi ambulatoire des HUG du 22 avril 2020 faisant état de conséquences importantes et durables de ces évènements sur sa santé physique, sexuelle, psychique et socio-familiale.

c. B_____, dûment convoquée, ne s'est pas présentée.

D. X_____ est né le _____1990 à _____ (GE). L'extrait de son casier judiciaire suisse est vierge.

EN DROIT

1.1.1. Aux termes de l'art. 191 CP, 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.

L'art. 191 CP vise une incapacité de discernement ou de résistance totale, qui peut se concrétiser par l'impossibilité pour la victime de se déterminer en raison d'une incapacité psychique, durable (p. ex. maladie mentale) ou passagère (p. ex. perte de connaissance, alcoolisation importante, etc.), ou encore par une incapacité de résistance parce qu'entravée dans l'exercice de ses sens, elle n'est pas en mesure de percevoir l'acte qui lui est imposé avant qu'il soit accompli et, partant, de porter un jugement sur celui-ci et, cas échéant, le refuser (ATF 133 IV 49 consid. 7.2 ss p. 56 ss; arrêt 6B_123/2020 du 26 novembre 2020 consid. 7.1). L'art. 191 CP exige que l'auteur ait profité de l'incapacité de discernement ou de résistance de la victime, autrement dit qu'il ait exploité l'état ou la situation dans laquelle elle se trouvait.

1.1.2. Dans ses arrêts de principe 6B_34/2020 et 6B_265/2020 du 11 mai 2022, le Tribunal fédéral a décidé qu'à l'instar de l'auteur qui attouche inopinément les parties intimes d'une personne à la piscine, le "*stealthing*", soit le fait de retirer son préservatif à l'insu de sa ou son partenaire durant un rapport sexuel, ne constitue pas un acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de

l'art. 191 CP. En effet, s'il affecte certes le droit à l'autodétermination en matière sexuelle protégé par l'art. 191 CP, le retrait du préservatif ne réalise pas, à lui seul, l'autre élément objectif de l'incapacité de résistance de la victime, à savoir une inaptitude à résister existant indépendamment des modalités concrètes de l'acte. Ainsi, si une personne est empêchée de réagir uniquement parce que l'auteur profite d'un effet de surprise, elle perd certes la possibilité de réagir par un refus, mais sa capacité de s'opposer demeure, en tant que telle, intacte. D'après le Tribunal fédéral, la révision en cours des infractions en matière sexuelle plaiderait en défaveur de l'assimilation du "*stealthing*" à un acte sexuel commis sur une personne incapable de résistance au sens de la loi en vigueur, qui ne procéderait pas d'une simple interprétation de l'art. 191 CP tel qu'il a été formulé par le législateur, mais d'une extension de la protection pénale offerte par la loi actuelle. Les engagements internationaux de la Suisse et notamment les obligations déduites des art. 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et de l'art. 36 de la Convention d'Istanbul, qui imposent aux États membres de punir tout acte sexuel non consensuel, influencent l'interprétation du droit positif par les autorités judiciaires, mais ne sauraient toutefois aller jusqu'à combler des lacunes de punissabilité par une interprétation extensive des lois pénales existantes, en dépit du principe de la légalité consacré à l'art. 1 CP (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Selon le Tribunal fédéral, les actes entrepris par surprise, tels que le retrait furtif du préservatif seront, à l'avenir, réprimés par les nouvelles infractions de droit pénal. Néanmoins, en l'état actuel du droit suisse, ces actes doivent être examinés sous l'angle de la contravention réprimée par l'art. 198 CP (désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel), voire, en cas de transmission d'une maladie, des lésions corporelles réprimées à l'art. 122 ss CP ou de la propagation d'une maladie de l'homme prévue à l'art. 231 CP.

1.1.3. En matière de contraventions, l'action pénale et la peine se prescrivent par trois ans (art. 109 CP).

1.2.1. En l'espèce, le prévenu a admis avoir furtivement retiré le préservatif tout en sachant que les rapports sexuels entretenus avec A_____ et B_____ étaient soumis à la condition d'être protégés. Ce comportement étant atypique sous l'angle de l'art. 191 CP, eu égard à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral concernant des affaires identiques, le prévenu sera acquitté de ce chef d'accusation.

1.2.2. Par ailleurs, aucune maladie sexuellement transmissible n'étant visée par l'acte d'accusation du 22 mai 2020, les art. 122 ss CP et 231 CP ne sauraient trouver application en l'occurrence.

1.2.3. Enfin, le Tribunal correctionnel relève que même à supposer que les agissements du prévenu puissent être examinés sous l'angle du désagrément causé par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP), cette contravention serait, en tout état de cause, prescrite (art. 109 CP).

2.1.1. La partie plaignante peut faire valoir ses conclusions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure (art. 122 al. 1 CPP).

2.1.2. En vertu de l'art. 126 al. 1 let. b CPP, le tribunal statue également sur les conclusions civiles présentées lorsqu'il acquitte le prévenu et que l'état de fait est suffisamment établi.

2.1.3. En matière de responsabilité civile (CO 41 ss) et en tant que les prétentions civiles découlent directement de la commission de l'infraction reprochée au prévenu (CPP 122 s.), si l'acquittement du prévenu résulte de motifs tenant au droit matériel (c'est-à-dire en cas de non-réalisation d'un élément constitutif de l'infraction), les conditions d'une action civile par adhésion à la procédure pénale feront défaut et les conclusions civiles devront – en principe – être rejetées (CR CPP-Jeandin/Fontanet, Art. 126 N 11a).

2.2. En l'espèce, compte tenu de l'acquittement du prévenu en raison de l'atypicité de ses agissements, A_____ sera déboutée de ses conclusions en réparation du tort moral (art. 126 al. 1 let. b CPP).

3. Le Tribunal prononcera les confiscations, destructions et restitutions qui s'imposent (art. 267 al. 1 et 3 CPP et 69 CP).

4.1.1. Le prévenu supporte les frais de procédure s'il est condamné (art. 426 al. 1 CPP).

4.1.2. En cas de classement ou d'acquittement, conformément au principe posé par l'art. 423 CPP, les frais de procédure sont supportés par le canton qui a conduit la procédure. Toutefois, à teneur de l'art. 426 al. 2 CPP, les frais de procédures ayant donné lieu à un acquittement peuvent être supportés par le prévenu, s'il a, de manière illicite ou fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci. Il faut, pour cela, que le prévenu ait adopté un comportement fautif et reprochable, non sous l'angle pénal du terme, mais au regard du droit civil. Seul un comportement fautif et contraire à une règle juridique, qui soit en relation de causalité avec les frais imputés, entre en ligne de compte. Pour déterminer si le comportement en cause est propre à justifier l'imputation des frais, le juge peut prendre en considération toute norme de comportement écrite ou non écrite résultant de l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble. La mise des frais à charge du prévenu en cas d'acquittement ou de classement de la procédure doit toutefois demeurer l'exception. Une condamnation aux frais ne peut se justifier que si, en raison du comportement illicite du prévenu, l'autorité était légitimement en droit d'ouvrir une enquête. Elle est en tout cas exclue lorsque l'autorité est intervenue par excès de zèle, ensuite d'une mauvaise analyse de la situation ou par précipitation (CR CPP-Fontana, Art. 426 N 2).

4.1.3. A teneur de l'art. 433 al. 1 CPP, la partie plaignante peut demander au prévenu une juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure si le prévenu est astreint au paiement des frais conformément à l'art. 426 al. 2 CPP (let. b).

4.2.1. En l'espèce, les droits de la personnalité de A_____ (art. 28 CC) ont été incontestablement lésés par le comportement du prévenu, lequel a par ailleurs reconnu avoir causé un tort à la plaignante. Le prévenu sera dès lors condamné aux frais de la procédure par-devant le Ministère public, s'élevant à CHF 13'535.90, en raison de sa

faute civile. Les frais du Tribunal correctionnel seront, en revanche, laissés à la charge de l'Etat (art. 426 al. 1 et 2 CPP).

4.2.2. Afin de tenir compte de l'imputation partielle des frais à la charge du prévenu, il sera donné suite aux conclusions en indemnisation sur la base de l'art. 433 CPP de A_____ à hauteur de CHF 5'000.- TTC. Ses conclusions en indemnisation seront rejetées pour le surplus (art. 433 al. 1 CPP).

5. Le défenseur d'office du prévenu sera indemnisé selon les détails figurant en pied de jugement (art. 135 CPP).

***

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CORRECTIONNEL

statuant contradictoirement :

Acquitte X_____ d'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP).

Condamne X_____ aux frais de la procédure par-devant le Ministère public qui s'élèvent à CHF 13'535.90 et laisse les frais du Tribunal correctionnel à la charge de l'Etat (art. 426 al. 1 et 2 CPP).

Condamne X_____ à verser à A_____ un montant de CHF 5'000.- TTC, à titre de juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure (art. 433 al. 1 let. b CPP).

Déboute A_____ de ses conclusions civiles (art. 126 al. 1 let. b CPP) et en indemnisation pour le surplus (art. 433 al. 1 CPP).

Ordonne la confiscation et la destruction des objets figurant sous chiffre 1 de l'inventaire n° 21983320190624 et du préservatif figurant sous chiffre 1 de l'inventaire n° 21983520190624 (art. 69 CP).

Ordonne la restitution à X_____ du téléphone figurant sous chiffre 2 de l'inventaire n° 201983520190624 (art. 267 al. 1 et 3 CPP).

Fixe à CHF 2'046.30 l'indemnité de procédure due à Me S_____, défenseur d'office de X_____ (art. 135 CPP).

Ordonne la communication du présent jugement aux autorités suivantes : Service des contraventions (art. 81 al. 4 let. f CPP).

Informe les parties que, dans l'hypothèse où elles forment un recours à l'encontre du présent jugement ou en demandent la motivation écrite dans les dix jours qui suivent la

notification du dispositif (art. 82 al. 2 CPP), l'émolument de jugement fixé sera en principe triplé, conformément à l'art. 10 al. 2 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale (RTFMP; E 4.10.03).

La Greffière	Le Président
Séverine CLAUDET	Antoine HAMDAN

Voies de recours

Les parties peuvent annoncer un appel contre le présent jugement, oralement pour mention au procès-verbal, ou par écrit au Tribunal pénal, rue des Chaudronniers 9, case postale 3715, CH-1211 Genève 3, dans le délai de 10 jours à compter de la communication du dispositif écrit du jugement (art. 398, 399 al. 1 et 384 let. a CPP).

Selon l'art. 399 al. 3 et 4 CPP, la partie qui annonce un appel adresse une déclaration écrite respectant les conditions légales à la Chambre pénale d'appel et de révision, Place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, CH-1211 Genève 3, dans les 20 jours à compter de la notification du jugement motivé.

Si le défenseur d'office ou le conseil juridique gratuit conteste également son indemnisation, il peut interjeter recours, écrit et motivé, dans le délai de 10 jours dès la notification du jugement motivé, à la Chambre pénale d'appel et de révision contre la décision fixant son indemnité (art. 396 al. 1 CPP).

L'appel ou le recours doit être remis au plus tard le dernier jour du délai à la juridiction compétente, à la Poste suisse, à une représentation consulaire ou diplomatique suisse ou, s'agissant de personnes détenues, à la direction de l'établissement carcéral (art. 91 al. 2 CPP).

Etat de frais

Frais du Ministère public	CHF	13535.90
Convocations devant le Tribunal	CHF	90.00
Frais postaux (convocation)	CHF	42.00
Emolument de jugement	CHF	1500.00
Etat de frais	CHF	50.00
Frais postaux (notification)	CHF	7.00
Total	**CHF**	**15224.90**
		==========

Indemnisation du défenseur d'office

Bénéficiaire : X_____
Avocat : S_____
Etat de frais reçu le : 16 juin 2022

Indemnité :	Fr.	1'500.00
Forfait 20 % :	Fr.	300.00
Déplacements :	Fr.	100.00
Sous-total :	*Fr.*	*1'900.00*
TVA :	Fr.	146.30
Débours :	Fr.	0
Total :	Fr.	2'046.30

Observations :

- 7h30 à Fr. 200.00/h = Fr. 1'500.–.

- Total : Fr. 1'500.– + forfait courriers/téléphones 20 % = Fr. 1'800.–

- 1 déplacement A/R à Fr. 100.– = Fr. 100.–

- TVA 7.7 % Fr. 146.30

Le temps de l'audience de jugement et la vacation y afférente ont été ajoutés.

Voie de recours si seule l'indemnisation est contestée

Le défenseur d'office peut interjeter recours, écrit et motivé, dans le délai de 10 jours, devant la Chambre pénale de recours contre la décision fixant son indemnité (art. 135 al. 3 let. a et 396 al. 1 CPP; art. 128 al. 1 LOJ).

Restitution de valeurs patrimoniales et/ou d'objets

Lorsque le présent jugement sera devenu définitif et exécutoire, il appartiendra à l'ayant-droit de s'adresser aux Services financiers du pouvoir judiciaire (finances.palais@justice.ge.ch et +41 22 327 63 20) afin d'obtenir la restitution de valeurs patrimoniales ou le paiement de l'indemnité allouée, ainsi que, sur rendez-vous, au Greffe des pièces à conviction (gpc@justice.ge.ch et +41 22 327 60 75) pour la restitution d'objets.