

GE_GERICHTE P/19701/2018 vom 16. Juni 2021

GE Cour de justice, 2021-06-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_19701_2018

FR: GE_GERICHTE P/19701/2018 du 16 juin 2021

IT: GE_GERICHTE P/19701/2018 del 16 giugno 2021

Regeste

IN DUBIO PRO REO;ACTE D'ORDRE SEXUEL SUR UN INCAPABLE DE DISCERNEMENT;SÉJOUR ILLÉGAL;EXPULSION(DROIT PÉNAL) | CPP.10.al3; CP.191; LEI.115.al1.letB; CP.66A.al1

Erwägungen

E. 1

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 du Code de procédure pénale [CPP]). La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitable (art. 404 al. 2 CPP).

E. 2

2.1.1. Le principe in dubio pro reo, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.1 ; 127 I 28 consid. 2a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie, au stade du jugement, que ce fardeau incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. L'absence de doute à l'issue de l'appréciation des preuves exclut la violation de la présomption d'innocence en tant que règle sur le fardeau de la preuve (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3). Comme règle d'appréciation des preuves, la présomption d'innocence signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective (ATF 144 IV 345). 2.1.2. Les déclarations de la victime constituent un élément de preuve. Le juge doit, dans l'évaluation globale de l'ensemble des éléments probatoires rassemblés au dossier, les apprécier librement (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1306/2017 du 17 mai 2018 consid. 2.1.1 ; 6B_942/2017 du 5 mars 2018 consid. 2.1.2). Les cas de "déclarations contre déclarations", dans lesquels les déclarations de la victime en tant que principal élément à charge et les déclarations contradictoires de la personne accusée s'opposent, ne doivent pas nécessairement, sur la base du principe in dubio pro reo, conduire à un acquittement. L'appréciation définitive des déclarations des participants incombe au tribunal du fond (ATF 137 IV 122 consid. 3.3). L'appréciation des preuves implique donc une appréciation d'ensemble. Le juge doit forger sa conviction sur la base de tous les éléments et indices du dossier. Le fait que l'un ou l'autre de ceux-ci ou même

chacun d'eux pris isolément soit insuffisant ne doit ainsi pas conduire systématiquement à un acquittement. La libre appréciation des preuves implique que l'état de fait retenu pour construire la solution doit être déduit des divers éléments et indices, qui doivent être examinés et évalués dans leur ensemble (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1169/2017 du 15 juin 2018 consid. 1.1 ; 6B_608/2017 du 12 avril 2018 consid. 3.1).

2.1.3.1. L'art. 6 par. 3 let. d CEDH garantit à tout accusé le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. Cette disposition exclut qu'un jugement pénal soit fondé sur les déclarations de témoins sans qu'une occasion appropriée et suffisante soit au moins une fois offerte au prévenu de mettre ces témoignages en doute et d'interroger les témoins, à quelque stade de la procédure que ce soit (ATF 140 IV 172 consid. 1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.1). En tant qu'elle concrétise le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), cette exigence est également garantie par l'art. 32 al. 2 Cst. (ATF 144 II 427 consid. 3.1.2 p. 435 ; 131 I 476 consid. 2.2 p. 480). Ce droit est absolu lorsque la déposition du témoin en cause est d'une importance décisive, notamment lorsque l'intéressé est le seul témoin ou que sa déposition constitue une preuve essentielle (ATF 131 I 476 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.1). Par ailleurs, le prévenu peut valablement renoncer à son droit à la confrontation, même de manière tacite, pour autant que la renonciation ne contredise pas un intérêt général important, qu'elle soit établie de manière exempte d'équivoque et qu'elle soit entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (ATF 137 IV 33 consid. 9.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.1).

2.1.3.2. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. L'administration directe du moyen de preuve doit cependant être réitérée durant la procédure orale d'appel conformément à l'art. 343 al. 3 CPP, lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement (ATF 143 IV 288 consid. 1.4.1 p. 290 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.2). Dans la mesure où il incombe aux autorités pénales d'administrer les preuves conformément à la loi, les preuves complémentaires doivent être administrées d'office et il n'est pas nécessaire qu'une partie en fasse la demande (ATF 143 IV 288 consid. 1.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.2). La connaissance directe d'un moyen de preuve n'est nécessaire que lorsque celle-ci est susceptible d'influer sur le sort de la procédure, ce qui est le cas si la force du moyen de preuve dépend de manière décisive de l'impression suscitée au moment de sa présentation, notamment quand des déclarations constituent l'unique moyen de preuve – à défaut de tout autre indice – et qu'il existe une situation de "déclarations contre déclarations" (ATF 140 IV 196 consid. 4.4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.2). Seules les preuves essentielles et décisives dont la force probante dépend de l'impression qu'elles donnent doivent être réitérées. S'agissant d'un témoignage, l'administration de la preuve n'apparaît pas nécessaire uniquement au regard de son contenu (soit ce que dit le témoin), mais bien plutôt lorsque le jugement dépend de manière décisive du comportement du témoin (soit comment il le dit). Le tribunal dispose d'une certaine marge d'appréciation au moment de déterminer si une nouvelle administration de la preuve est nécessaire (ATF 140 IV 196 consid. 4.4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.2).

2.2.1. En l'espèce, l'intimée ne s'est pas présentée aux débats d'appels, étant rappelé que l'avis d'audience n'a pu lui être communiqué et qu'elle a été citée à comparaître par publication dans la FAO. Son

absence n'est cependant pas déterminante, dès lors que le droit d'être entendu de l'appelant a pu être garanti en première instance. Celui-ci a pu interroger l'intimée au cours de l'instruction en présentant une liste de questions qui été adressée à cette dernière lors de son audition par commission rogatoire au Canada, audition à laquelle l'appelant a ensuite été confronté, et au sujet de laquelle il a pu s'exprimer. En outre, bien que les déclarations de l'intimée constituent un moyen de preuve prépondérant dans le cadre de la présente procédure, la CPAR estime qu'une nouvelle audition de celle-ci par-devant elle n'est pas indispensable. L'intimée s'est exprimée à deux reprises lors de l'instruction, de manière claire et sans contradiction majeure. En ce sens, il n'apparaît pas nécessaire de la réentendre dans le but de juger tant du fond de ses déclarations, de son comportement que de l'impression donnée par celle-ci, ces éléments étant suffisamment établis. L'appelant n'a au demeurant pas sollicité la comparution personnelle de l'intimée en procédure d'appel, ou soulevé un incident à cet égard au cours de l'audience, de sorte qu'il doit être considéré qu'il a renoncé à cette réaudition.

2.2.2. Les déclarations de l'intimée et de l'appelant divergent sur un grand nombre de points. Il convient dès lors d'évaluer la crédibilité de chacune d'elles au regard des différents éléments au dossier. Les déclarations de l'intimée paraissent crédibles, dès lors qu'elles ont été constantes, spontanées et nuancées. Entendue à deux reprises au cours de la procédure, à deux ans d'intervalle, elle n'a jamais varié dans ses propos. Elle a en outre fait appel à la police immédiatement après les faits. Elle n'a enfin jamais cherché à accabler l'appelant, décrivant uniquement les faits dont elle se souvenait – soit de s'être réveillée alors qu'un homme se masturbait au-dessus d'elle –, quand bien même ce dernier a lui-même indiqué l'avoir également caressée et avoir introduit un doigt dans son vagin. Au contraire de l'intimée, l'appelant a passablement évolué dans ses explications au cours de la procédure. S'agissant des actes d'ordre sexuel entretenus, il a d'abord expliqué lui avoir touché la poitrine et le sexe, puis s'être masturbé pendant qu'elle lui touchait la poitrine. Devant le MP, il a précisé lui avoir caressé les seins et le sexe à même la peau et lui avoir introduit un doigt dans le vagin. Il est ensuite revenu sur ses déclarations devant le TP s'agissant de ce dernier point. Enfin, devant la CPAR, il a déclaré l'avoir touchée uniquement par-dessus ses vêtements. Il a également considérablement varié dans ses explications s'agissant de l'état dans lequel se trouvait l'intimée au moment des faits, indiquant qu'elle était " très alcoolisée " et " très bourrée " devant la police, puis qu'il savait qu'elle avait bu et qu'elle sentait l'alcool, avant de déclarer devant le TP qu'il ne pouvait pas le savoir et que la police s'était trompée en protocolant ses premières déclarations. Or, au contraire de ce qu'avance le conseil de l'appelant, ces divergences ne sauraient s'expliquer par l'écoulement du temps entre les différentes auditions de celui-ci, dès lors qu'il a été interpellé en mai 2020 et a été entendu à plusieurs reprises jusqu'à son jugement devant le TP le 22 décembre 2020, soit un laps de temps, somme toute, assez restreint. Plusieurs autres éléments viennent renforcer la crédibilité des déclarations de l'intimée, au détriment de celles de l'appelant. Il est d'abord peu vraisemblable que l'intimée ait spontanément accepté d'entretenir des actes d'ordre sexuel avec un inconnu rencontré à un arrêt de bus une dizaine de minutes auparavant, de surcroît en plein air, dans une cour d'immeuble et, selon les déclarations de l'appelant, à la vue de n'importe quel habitant dudit immeuble. Quand bien même l'intimée aurait souhaité " s'amuser " avec l'appelant, celle-ci aurait en outre pu l'inviter à se rendre avec elle dans l'auberge de jeunesse dans laquelle elle séjournait. On peine par ailleurs à comprendre pour quelle raison l'intimée aurait fait appel à la police immédiatement après les faits, si elle avait consenti aux actes précités. Elle n'avait pas non plus d'intérêt à déposer faussement et gratuitement plainte, étant rappelé qu'elle n'a déposé

aucune conclusion civile dans le cadre de la procédure. Enfin, le fait que l'intimée se soit trompée sur la couleur du pénis de son agresseur, lors de sa première audition, tend à renforcer sa crédibilité. En effet, si elle avait consenti aux actes, elle aurait eu tout le loisir de se rendre compte que l'appelant avait la peau noire, que ce soit en discutant avec lui à l'arrêt de bus, en marchant en sa compagnie jusqu'à la cour de l'immeuble ou lui touchant la poitrine et le pénis, selon les allégations de ce dernier. Le fait que l'appelant ait reconnu que l'intimée était anglophone n'est pas propre à remettre en cause la version de celle-ci, dès lors que cette information n'implique pas forcément que les parties se seraient parlé avant les faits. En effet, l'intimée a déclaré de manière constante avoir demandé à l'appelant d'arrêter son geste au moment où elle avait repris ses esprits, notamment par les termes " stop " et " don't ", ce qui, en soi, était suffisant pour que ce dernier comprenne qu'elle parlait anglais. Le taux d'alcoolémie de l'intimée au moment des faits, n'est, quant à lui, pas déterminant, dans la mesure où celle-ci a allégué s'être assoupie dans la cour de l'immeuble – certes, sans doute aidée par sa consommation d'alcool –. Dans ces circonstances, il importe peu que la police n'ait pas remarqué l'état d'ébriété de l'intimée, ou que celle-ci ait ensuite été capable de se rendre dans l'appartement de sa belle-sœur, son incapacité résultant de son assoupissement. Au vu de ce qui précède, la CPAR considère comme établi, au-delà de tout doute raisonnable, que l'appelant s'est masturbé au-dessus de l'intimée, sans son consentement, alors que celle-ci était assoupie, jusqu'à éjaculer et la toucher avec son sperme. Au contraire de ce qui a été retenu par le TP, la Cour de céans ne considère cependant pas comme établi que l'appelant a caressé l'intimée au niveau du sexe et de la poitrine (tout comme l'intromission d'un doigt dans le vagin, qui a été à juste titre écartée par le premier juge). Ces gestes n'ont pas été relevés par la victime elle-même. Les aveux de l'appelant à ce sujet n'emportent par ailleurs pas conviction, dans la mesure où seul un échange de caresses entre les parties aurait pu expliquer que l'intimée soit consentante s'agissant de l'acte ayant suivi. En effet, il aurait été particulièrement peu crédible, pour l'appelant, d'alléguer avoir convaincu une inconnue de le suivre dans la rue, dans le seul but qu'il se masturbe au-dessus d'elle.

2.3.1. L'art. 191 CP réprime le comportement de 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. 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). 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 p. 63 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_744/2016 du 1^{er} mars 2017 consid. 3.2).

2.3.2. Est incapable de résistance la personne qui n'est pas apte à s'opposer à des contacts sexuels non désirés. Cette disposition protège les personnes qui ne sont pas en mesure de former, exprimer ou exercer efficacement une volonté de s'opposer à des atteintes sexuelles. L'incapacité de résistance peut être durable ou momentanée, chronique ou due aux circonstances. Elle peut être la conséquence d'un état mental gravement anormal, d'une sévère intoxication due à l'alcool ou à la drogue, ou encore d'entraves matérielles. Il faut cependant que la victime soit totalement incapable de

se défendre. Si l'incapacité n'est que partielle – par exemple en raison d'un état d'ivresse – la victime n'est pas incapable de résistance (ATF 133 IV 49 consid. 7.2 p. 56 ; ATF 119 IV 230 consid. 3a p. 232). La jurisprudence a admis une incapacité de résistance lorsqu'une personne est endormie (arrêts du tribunal fédéral 6B_1204/2017 du 17 mai 2018 consid. 2.1 ; 6B_685/2010 du 4 avril 2011 consid. 2.3), et dans le cas de personnes sous l'effet combiné de l'alcool et de la consommation de stupéfiants ou de la fatigue (arrêts du Tribunal fédéral 6B_238/2019 du 16 avril 2019 ; 6B_578/2018 du 20 mars 2019). 2.3.3. 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. Cela ne signifie pas que tous les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance sont punissables. L'infraction n'est ainsi pas réalisée si c'est la victime qui a pris l'initiative des actes sexuels ou si elle y a librement consenti (arrêt du Tribunal fédéral 6B_10/2014 du 1^{er} mai 2014 consid. 4.1.1). 2.3.4. Sur le plan subjectif, l'art. 191 CP définit une infraction intentionnelle. La formule "sachant que" signifie que l'auteur a connaissance de l'incapacité de discernement ou de résistance de la victime. Il appartient par conséquent au juge d'examiner avec soin si l'auteur avait vraiment conscience de l'état d'incapacité de la victime. Le dol éventuel suffit. Agit donc intentionnellement celui qui s'accommode de l'éventualité que la victime ne puisse pas être, en raison de son état physique ou psychique, en situation de s'opposer à une sollicitation d'ordre sexuel, mais lui fait subir malgré tout un acte d'ordre sexuel (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1175/2015 du 19 avril 2016 consid. 3.2 ; 6B_60/2015 du 25 janvier 2016 consid. 1.2.1). 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_996/2017 du 7 mars 2018 consid. 1.1 ; 6B_60/2015 du 25 janvier 2016 consid. 1.2.1). L'auteur est sous l'influence d'une erreur sur les faits au sens de l'art. 13 al. 1 CP lorsqu'il pense agir avec le consentement de la victime (M. DUPUIS / L. MOREILLON et al. (éds), Code pénal - Petit commentaire, 2^{ème} éd., Bâle 2017, N 21 ad art. 191).

E. 2.4

Le fait de se masturber sur autrui, jusqu'à éjaculer sur lui, constitue à l'évidence un acte d'ordre sexuel au sens de l'art. 191 CP, cet acte dépassant, de par sa gravité, les simples attouchements visés par l'art. 198 al. 2 CP. Dès lors qu'il a été retenu que l'intimée était assoupie au moment des faits, l'incapacité de résistance de celle-ci est également établie, au regard de la jurisprudence en la matière (cf. consid. 2.2.2). L'intention de l'appelant ne fait, quant à elle, aucun doute, dès lors que celui-ci ne pouvait ignorer, en se masturbant au-dessus d'une femme endormie dans la rue, que celle-ci était incapable de s'opposer à son acte. Pour les mêmes raisons, une éventuelle erreur sur les faits (art. 13 al. 1 CP) n'entre pas en considération. Il sera en définitive retenu que l'appelant a sciemment profité de l'incapacité de résistance de l'intimée, qui était assoupie, pour se masturber au-dessus d'elle jusqu'à éjaculation. Il sera dès lors reconnu coupable d'acte d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP, les éléments constitutifs de l'infraction étant remplis.

E. 3

3.1.1. A teneur de l'art. 115 al. 1 LEI, est punissable quiconque séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour autorisé (let. b). 3.1.2. Aux termes de l'art. 31a al. 1 let. b LAsi (anciennement art. 34 al. 2 let. d aLAsi), le SEM n'entre pas en matière sur une demande d'asile si le requérant

peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi. D'après l'art. 29 du Règlement UE n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil (Règlement Dublin), si le transfert d'une personne vers l'Etat membre responsable n'est pas exécuté dans un délai de six mois, l'Etat membre responsable est libéré de son obligation de prendre en charge ou de reprendre en charge la personne concernée et la responsabilité est alors transférée à l'Etat membre requérant. Ce délai peut être porté à un an au maximum s'il n'a pas pu être procédé au transfert en raison d'un emprisonnement de la personne concernée ou à dix-huit mois au maximum si la personne concernée prend la fuite. 3.1.3. En matière administrative, l'annulation d'une décision ne déploie, en règle générale, pas d'effet rétroactif (P. MOOR / E. POLTIER, Droit administratif Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle , 3 ème éd., Berne 2011, N 2.3.3.1). La nullité d'une décision a en revanche un effet rétroactif : dès que la nullité est constatée, l'acte est censé avoir été inexistant dès son origine (ibid . N 2.3.3.2). Du point de vue de la sécurité du droit, les conséquences de la nullité sont manifestement plus graves que celles de l'annulabilité. Le principe est donc que l'annulabilité est la règle (ibid . N 2.3.3.3).

E. 3.2

En l'espèce, selon les renseignements obtenus de l'OCPM et du SEM, la demande d'asile déposée par l'appelant en 2010 a été, en 2011, frappée d'une décision de non-entrée en matière au sens de l'art. 31a al. 1 let. b LAsi (ou 34 al. 2 let. d aLAsi), l'appelant ayant visiblement la possibilité de se rendre dans un Etat tiers compétent pour mener une procédure d'asile. Son renvoi vers l'Espagne a ainsi été prononcé. Selon l'OCPM, l'appelant a cependant disparu suite au prononcé de cette décision et s'est soustrait à son renvoi vers l'Espagne. En novembre 2020, le SEM a annulé sa précédente décision du 5 mai 2011 en vertu de l'art. 29 du Règlement Dublin, le délai pour effectuer le transfert de l'appelant en Espagne étant échu. Il apparaît ainsi que l'annulation par le SEM de la décision du 5 mai 2011 est la conséquence du passage de l'appelant, dès 2011, dans la clandestinité. En effet, celui-ci s'étant soustrait à son renvoi vers l'Espagne en 2011, le délai pour son transfert vers ce pays est parvenu à échéance, de sorte que la compétence en matière de demande d'asile a passé à la Suisse au sens de l'art. 29 du Règlement Dublin. L'appelant – qui a par ailleurs reconnu avoir séjourné illégalement en Suisse – ne saurait dès lors tirer quelconque argument en sa faveur de l'annulation de cette décision. En tout état de cause, la simple annulation par le SEM de la décision de non-entrée en matière de 2011 ne fait pas naître rétroactivement un droit pour l'appelant de séjourner en Suisse, étant rappelé que cette décision a été annulée et non frappée de nullité. L'OCPM a par ailleurs confirmé que l'appelant avait vécu dans la clandestinité et sans statut légal depuis qu'il s'était soustrait, en 2011, à son renvoi vers l'Espagne. A_____ sera dès lors reconnu coupable de séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI pour une période allant d'à tout le moins 2014 jusqu'au 9 mai 2020, seule cette période étant visée par l'acte d'accusation. Son appel sera ainsi rejeté sur ce point.

E. 4.1

L'infraction à l'art. 191 CP est passible d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEI est passible d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

E. 4.2

Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

E. 4.3

En l'espèce, la faute de l'appelant est d'une certaine gravité. Il s'en est pris à la liberté sexuelle de l'intimée – bien juridique essentiel – par pur égoïsme, et dans le seul but de satisfaire ses besoins personnels. Il a au surplus persisté à séjourner illégalement en Suisse sur une période pénale conséquente. Sa collaboration a été plutôt mauvaise. S'il a admis l'infraction à la LEI – qu'il pouvait cependant difficilement contester – et avoir entretenu des actes d'ordre sexuel avec l'intimée, il a cependant persisté à nier que celle-ci était incapable de résistance au moment des faits, alléguant que les actes commis étaient consentis. Pour les mêmes raisons, sa prise de conscience n'est pas aboutie, même s'il s'est, certes, excusé vis-à-vis de son geste. Compte tenu de l'importance de la faute, il se justifie de prononcer une peine privative de liberté pour l'ensemble des infractions commises, le genre de peine n'étant au demeurant pas contesté. La Directive sur le retour ne trouve par ailleurs pas application en l'espèce, l'appelant ayant commis un autre délit en dehors du droit pénal sur les étrangers (ATF 143 IV 264 consid. 2.6). Dans la mesure où l'infraction à l'art. 191 CP est abstraitement la plus grave, la CPAR retiendra qu'une peine de six mois est appropriée et sanctionne adéquatement ces faits, étant rappelé qu'au final, seul l'acte de masturbation au-dessus de l'intimée est retenu, à l'exclusion des caresses sur sa poitrine et son sexe, ce qui justifie une réduction de la peine initialement prononcée par le TP. Cette peine sera étendue de deux mois pour l'infraction de séjour illégal (peine hypothétique : trois mois), ces deux infractions entrant en concours (art. 49 al. 1 CP). La peine d'ensemble sera ainsi arrêtée à huit mois de peine privative de liberté. Le sursis, avec délai d'épreuve de trois ans, sera confirmé. La durée du délai d'épreuve est adéquate au regard des exigences de l'art. 44 al. 1 CP, étant rappelé que l'appelant a commis deux infractions et qu'il a un antécédent, certes, non spécifique. Son risque de récidive est ainsi non nul, ce qui justifie de ne pas retenir le délai d'épreuve minimal prévu par la loi. La conclusion de l'appelant tendant au prononcé d'un sursis d'une année est, quant à elle, contraire au droit (art. 44 al. 1 CP).

E. 5

5.1.1. Conformément à l'art. 66a al. 1 CP, le juge expulse un étranger du territoire suisse pour une durée de cinq à quinze ans s'il est reconnu coupable de l'une des infractions énumérées aux let. a à o. L'art. 66a CP prévoit l'expulsion "obligatoire" de l'étranger condamné pour l'une des infractions ou combinaison d'infractions listées à l'al. 1, quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre. L'expulsion est donc également en principe indépendante de la gravité des faits retenus (arrêt du Tribunal fédéral 6B_506/2017 du 14 février 2018 consid. 1.1 = SJ 2018 I 397). 5.1.2.1. Selon l'art. 66a al. 2 CP, il peut néanmoins être renoncé à l'expulsion, exceptionnellement, lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur son intérêt à demeurer en Suisse. Les conditions énoncées à l'art. 66a al. 2 CP sont cumulatives. Afin de pouvoir renoncer à une expulsion prévue par l'art. 66a al. 1 CP, il faut, d'une part, que cette mesure mette l'étranger dans une situation personnelle

grave et, d'autre part, que l'intérêt public à l'expulsion ne l'emporte pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1329/2018 du 14 février 2019 consid. 2.2). La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par une "situation personnelle grave" (première condition) ni n'indique les critères à prendre en compte dans la pesée des intérêts (seconde condition). En règle générale, il convient d'admettre l'existence d'un cas de rigueur au sens de l'art. 66a al. 2 CP lorsque l'expulsion constituerait, pour l'intéressé, une ingérence d'une certaine importance dans son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par la Constitution fédérale (art. 13 Cst.) et par le droit international, en particulier l'art. 8 CEDH (arrêt du Tribunal fédéral 6B_255/2020 du 6 mai 2020 consid. 1.2.1 et références citées). Pour se prévaloir d'un droit au respect de sa vie privée, l'étranger doit établir l'existence de liens sociaux et professionnels spécialement intenses avec la Suisse, notablement supérieurs à ceux qui résultent d'une intégration ordinaire (ATF 134 II 10 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_153/2020 du 28 avril 2020 consid. 1.3.2). Le Tribunal fédéral n'adopte pas une approche schématique qui consisterait à présumer, à partir d'une certaine durée de séjour en Suisse, que l'étranger y est enraciné et dispose de ce fait d'un droit de présence dans notre pays. Il procède bien plutôt à une pesée des intérêts en présence, en considérant la durée du séjour en Suisse comme un élément parmi d'autres et en n'accordant qu'un faible poids aux années passées en Suisse dans l'illégalité, en prison ou au bénéfice d'une simple tolérance (ATF 134 II 10 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_153/2020 du 28 avril 2020 consid. 1.3.2). Selon l'état de santé de l'intéressé et les prestations de soins disponibles dans l'Etat d'origine, l'expulsion du territoire suisse pourrait le placer dans une situation personnelle grave au sens de l'art. 66a CP ou être disproportionnée sous l'angle de l'art. 8 par. 2 CEDH (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1117/2018 du 11 janvier 2019 consid. 2.3.3 ; G. FIOŁKA / L. VETTERLI, Die Landesverweisung in Art. 66a ff. StGB als strafrechtliche Sanktion , in Plädoyer 5/2016, p. 85). La CourEDH précise également que les éléments d'ordre médical doivent être pris en compte dans l'examen de l'art. 8 par. 2 CEDH, à travers le caractère provisoire ou définitif de l'interdiction du territoire (arrêt CourEDH Hasanbasic c. Suisse du 11 juin 2013, requête no 52166/09 § 54 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_770/2018 du 24 septembre 2018 consid. 2.1). La doctrine estime ainsi que les conditions de l'art. 66a al. 2 CP peuvent être réalisées lorsque l'intéressé souffre d'une maladie nécessitant des soins médicaux. Il faut alors analyser comment son état de santé risque de se péjorer et quelles prestations médicales devront être fournies, ainsi que clarifier si ces prestations ne pourront en aucun cas être fournies dans l'Etat d'origine et quels inconvénients pourraient en découler. Si des possibilités suffisantes de soins ne peuvent pas être établies, il doit être supposé qu'elles n'existent pas. En définitive, la situation personnelle de l'intéressé doit être examinée de façon concrète. Il est donc envisageable de renoncer à une expulsion parce qu'il pourrait rencontrer dans son pays d'origine des conditions défavorables, et ce malgré une infraction de gravité moyenne. Il en va de même en cas d'infraction relativement insignifiante lorsque l'intéressé serait confronté à des désavantages, certes supportables, mais sensibles en retournant dans son pays d'origine. A pondération égale, l'intérêt privé prime sur l'intérêt public (G. FIOŁKA / L. VETTERLI, op. cit. , p. 85 et 87 ; AARP/185/2017 du 2 juin 2017 consid. 2.2). 5.1.2.2. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), ce n'est que dans des situations exceptionnelles, en raison de considérations humanitaires impérieuses, que la mise à exécution d'une décision d'éloignement d'un étranger peut emporter violation de l'art. 3 CEDH (Emre c. Suisse du 22 mai 2008, requête no 42034/04 § 88). En ce qui concerne en particulier l'état de santé de l'intéressé, la

CourEDH retient que l'étranger qui se trouve sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne peut en principe revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un Etat afin de continuer à bénéficier de l'assistance et des services médicaux, sociaux ou autres fournis par l'Etat de renvoi (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1117/2018 du 11 janvier 2019, consid. 2.3.3). La CourEDH a clarifié son approche en rapport avec l'éloignement de personnes gravement malades et a précisé qu'à côté des situations de décès imminent, il fallait entendre par autres cas très exceptionnels pouvant soulever un problème au regard de l'art. 3 CEDH, les cas d'éloignement d'une personne gravement malade dans lesquels il y a des motifs sérieux de croire que cette personne, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou de défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie ; ces cas correspondent à un seuil élevé pour l'application de l'art. 3 de la Convention dans les affaires relatives à l'éloignement des étrangers gravement malades (Paposhvili § 183, arrêt du Tribunal fédéral 6B_2/2019 du 27 septembre 2019 consid. 6.1).

5.2.1. En l'espèce, l'infraction à l'art. 191 CP commise par l'appelant entraîne l'expulsion obligatoire au sens de l'art. 66a al. 1 let. h CP. 5.2.2. A_____ souffre d'une hépatite B chronique, diagnostiquée en 2014. D'après le rapport médical du 9 mars 2021, l'infection est cependant stable à ce jour et l'appelant ne bénéficie d'aucun traitement antiviral. Aucune douleur ou trouble n'a par ailleurs été annoncé par l'intéressé lors de sa dernière consultation, le 22 janvier 2021. Au regard de ces constatations, ses problèmes de santé n'atteignent pas le seuil de gravité très élevé requis pour l'application de l'art. 3 CEDH. En effet, il ne ressort pas des rapports médicaux produits que l'intéressé est si gravement malade que l'absence de soins adéquats l'exposerait à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou une réduction significative de son espérance de vie. Ses problèmes de santé demeurent toutefois pertinents dans le cadre de l'examen de la clause de rigueur et de la pesée des intérêts de l'art. 8 par. 2 CEDH et seront dès lors pris en compte dans ce contexte. 5.2.3. Si le temps passé en Suisse par l'appelant, arrivé en 2009, n'est pas négligeable, force est de constater qu'il y a séjourné pour la grande majorité illégalement. Malgré plus de dix ans passés en Suisse, il n'allègue pas y avoir tissé des relations spécialement intenses, mis à part quelques amis et connaissances. Aucun membre de sa famille ne vit par ailleurs dans ce pays. L'appelant n'allègue pas non plus avoir d'attache particulière avec Genève. Il n'y a jamais travaillé légalement, effectuant seulement quelques petits travaux pour des amis. Au bénéfice d'un permis N depuis sa sortie de détention, il dépend de l'aide sociale et est logé dans un foyer d'Etat. Sa situation en Suisse est extrêmement précaire, d'autant plus que sa procédure d'asile, réouverte en novembre 2020, a été rejetée en mars 2021, bien qu'un recours soit actuellement pendant. L'appelant indique, au stade de l'appel, ne plus avoir de lien avec le Bénin. Ses déclarations à ce sujet ont cependant varié au cours de la procédure, celui-ci expliquant d'abord que le reste de sa famille vivait encore dans ce pays, puis que sa mère et une sœur vivaient " en Afrique ". Quand bien même il n'aurait plus de famille au Bénin, force est de constater qu'il n'a pas plus de liens avec la Suisse. Son enfance dans son pays d'origine a, selon ses déclarations, été difficile en raison notamment de l'assassinat de son père. Reste que – pour autant que ses déclarations fussent conformes à la vérité – rien ne démontre aujourd'hui, soit près de 20 ans après son départ, que son oncle chercherait encore à s'en prendre à lui et que son retour dans son pays d'origine le mettrait en danger, ce qui n'est pas établi. L'appelant n'a en Suisse ni famille, ni travail. Ses chances de réinsertion, tant personnelle que

professionnelle, ne semblent ainsi pas plus mauvaises dans son pays d'origine qu'en Suisse. La formation de peintre en bâtiment qu'il indique suivre – malgré une suspension due à la situation sanitaire – pourrait en outre également lui permettre de trouver un travail au Bénin. La maladie dont il souffre pourrait le placer dans une situation personnelle difficile en cas de renvoi dans son pays d'origine, l'accès à des soins médicaux adaptés n'y étant pas garantis. En cas de renvoi, il n'est dès lors pas exclu que l'appelant ne puisse plus profiter des contrôles biennuels dont il bénéficie en Suisse. Reste que l'intéressé souffre de l'hépatite B depuis plusieurs années (à tout le moins 2014, date de son diagnostic), sans pour autant que cette maladie n'ait visiblement nécessité la prise d'un traitement particulier, l'infection restant stable. L'aggravation de la maladie n'a d'ailleurs été présentée que sous la forme d'une hypothèse dans le rapport médical des HUG, les médecins ayant constaté que l'infection restait stable. Le phénomène d'acculturation dont il pourrait souffrir en cas de renvoi au Bénin, est, quant à lui, inhérent à toute mesure d'expulsion. Si l'appelant a un intérêt certain à rester en Suisse afin de bénéficier d'un suivi médical, cet intérêt ne dépasse pas l'intérêt public à l'expulser, étant précisé qu'il a été condamné à huit mois de peine privative de liberté pour une infraction d'une gravité certaine. La mesure d'expulsion n'a par ailleurs été ordonnée que pour cinq ans, soit le minimum prévu par la loi. La mesure d'expulsion prononcée par le TP sera dès lors confirmée, la deuxième condition de la clause de rigueur n'étant pas remplie. Il n'y a cependant pas lieu d'étendre cette mesure à l'ensemble de l'espace Schengen, une telle extension ne paraissant pas nécessaire pour garantir la sécurité publique.

E. 6

Les conclusions en indemnisation déposées par l'appelant seront rejetées, le verdict de culpabilité étant confirmé.

E. 7

L'appelant, qui n'obtient que partiellement gain de cause sur son appel, supportera les frais de la procédure d'appel comprenant un émolument de CHF 1'500.- à raison des 3/5 èmes (art. 428 CPP), l'Etat supportant le solde. L'émolument complémentaire du jugement de première instance de CHF 600.- sera mis à sa charge dans les mêmes proportions. S'agissant des frais de la procédure de première instance, ceux relatifs à l'instruction menée par le MP (CHF 2'620.-) seront laissés à sa charge dans la mesure où les investigations ayant trait aux faits pour lesquels il a été acquitté, tant en première instance qu'en appel (intromission d'un doigt dans le vagin de l'intimée et caresses sur son sexe), n'ont pas nécessité un travail supplémentaire pour le MP. Le solde de ces frais (notamment de la procédure devant le TP, soit CHF 509.-) sera mis à la charge de l'appelant à raison des deux tiers (soit CHF 339.35), le dernier tiers étant laissé à la charge de l'Etat afin de tenir adéquatement compte de l'acquittement de l'appelant pour les faits précités.

E. 8

8.1. Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office ou le conseil juridique gratuit (cf. art. 138 al. 1 CPP) est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. L'indemnité, en matière pénale, est calculée selon le tarif horaire suivant, débours de l'étude inclus : chef d'étude CHF 200.- (let. c) (art. 16 du règlement sur l'assistance juridique [RAJ]). Conformément à l'art. 16 al. 2 RAJ, 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 valeur litigieuse, de la qualité du travail

fourni et du résultat obtenu. Dans le cadre des mandats d'office, l'Etat n'indemnise ainsi que les démarches nécessaires à la bonne conduite de la procédure pour la partie qui jouit d'une défense d'office ou de l'assistance judiciaire. Par voie de conséquence, le temps consacré à la rédaction d'écritures inutiles ou reprenant une argumentation déjà développée, fût-ce devant une autorité précédente, ne saurait donner lieu à indemnisation ou à indemnisation supplémentaire (AARP/295/2015 du 12 juillet 2015 consid. 8.2.2.3, 8.2.2.6, 8.3.1.1 et 8.3.2.1). L'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure est majorée de 20% jusqu'à 30 heures de travail, et de 10% lorsque l'état de frais porte sur plus de 30 heures, pour couvrir les démarches diverses, telles la rédaction de courriers ou notes, les entretiens téléphoniques et la lecture de communications, pièces et décisions (arrêt du Tribunal fédéral 6B_838/2015 du 25 juillet 2016 consid. 3.5.2). Des exceptions demeurent possibles, charge à l'avocat de justifier l'ampleur d'opérations dont la couverture ne serait pas assurée par le forfait. La rémunération forfaitaire de la vacation aller/retour au Palais de justice est arrêtée à CHF 100.- pour les chefs d'étude.

E. 8.2

En l'occurrence, l'état de frais déposé par M e C_____ est excessif compte tenu de la complexité modérée de la cause. Le temps consacré à la rédaction des " conclusions civiles " ne sera pas indemnisé, le document déposé correspondant en tous points à celui déjà produit devant le TP. La rédaction de l'annonce d'appel ne sera pas non plus indemnisée, celle-ci entrant dans le forfait de 10% pour les divers courriers. Il en ira de même pour la déclaration d'appel motivée de 14 pages, étant rappelé que celle-ci n'a pas à être motivée (art. 399 al. 3 CPP). Un travail d'une telle ampleur n'était au surplus pas utile dans la mesure où le conseil de l'appelant a requis la tenue d'une audience, durant laquelle il a plaidé sur l'ensemble de la cause. La durée de la préparation de l'audience sera toutefois arrêtée à sept heures (au lieu des quatre heures alléguées), afin de tenir compte du travail supplémentaire qui aurait été engendré pour ce poste si le conseil de l'appelant n'avait pas déposé de déclaration d'appel motivée. La durée de l'audience d'une heure et 20 minutes sera également ajoutée, de même que le forfait pour la vacation au Palais de justice. En conclusion, l'indemnité due à M e C_____ sera arrêtée à CHF 4'096.30 correspondant à 16 heures et 50 minutes au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 3'366.70) plus la majoration forfaitaire de 10% (CHF 336.70), la vacation de CHF 100.- ainsi que le TVA à 7.7% (CHF 292.90). * * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.