

# **GE\_GERICHTE P/2370/2017 vom 8. März 2018**

GE Cour de justice, 2018-03-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_2370\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_2370_2017)

FR: GE\_GERICHTE P/2370/2017 du 8 mars 2018

IT: GE\_GERICHTE P/2370/2017 del 8 marzo 2018

## **Regeste**

VIOL ; CONTRAINTE SEXUELLE ; IN DUBIO PRO REO ; SURSIS PARTIEL À L'EXÉCUTION DE LA PEINE ; TORT MORAL ; EXPULSION(DROIT PÉNAL) ; RESPECT DE LA VIE PRIVÉE | CP.190; CP.189; CPP.9; CP.43; CP.66a; CP.66a.al2; CEDH.8

## **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 CPP). La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; la réparation du tort moral (let. f). 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**

A\_\_\_\_\_ sollicite, au début des débats d'appel, sa mise en liberté immédiate au motif qu'aucun contrôle de sa détention n'est intervenu depuis le 31 janvier 2018 alors que l'ordonnance de prolongation de sa détention pour motifs de sûreté rendue le 31 octobre 2017 par le Tribunal correctionnel ne pouvait concerner qu'une période de trois mois au plus. Le MP s'oppose à la mise en liberté requise, dès lors, qu'en appel, la loi ne prévoit pas de contrôle de la détention pour motifs de sûreté.

#### **E. 2.1**

Selon le Tribunal fédéral, en l'absence de renvoi des art. 231 à 233 à l'art. 227 al. 7 CPP, la détention pour des motifs de sûreté ne doit pas faire l'objet d'un contrôle périodique, une fois la juridiction d'appel saisie (ATF 139 IV 186 ).

#### **E. 2.2**

L'état de frais du conseil juridique gratuit de la partie plaignante est également adéquat. L'indemnité sera donc arrêtée à CHF 2'544.80 correspondant à 10.5 heures d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 2'100.-) plus la majoration forfaitaire de 10% (CHF 210.-), l'équivalent de la TVA au taux de 8% en CHF 184.80 et CHF 50.- pour le déplacement en audience. \*\*\*\*

### **E. 3**

A\_\_\_\_\_ conteste sa culpabilité. 3.1.1. 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 du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves. En tant que règle sur le fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'accusation d'établir la culpabilité de l'accusé, et non à ce dernier de démontrer son innocence. Il est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence ; lorsqu'il résulte du jugement que, pour être parti de la fausse prémisse qu'il incombait à l'accusé de prouver son innocence, le juge l'a condamné parce qu'il n'avait pas apporté cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40 et les arrêts cités) ou encore lorsque le juge condamne le prévenu au seul motif que sa culpabilité est plus vraisemblable que son innocence (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_1145/2014 du 26 novembre 2015 consid. 1.2 et 6B\_748/2009 du 2 novembre 2009 consid. 2.1). Comme principe présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes. Il ne doit pas s'agir de doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles ; ces principes sont violés lorsque l'appréciation objective de l'ensemble des éléments de preuve laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à la culpabilité de l'accusé, autrement dit lorsque le juge du fond retient un état de fait défavorable à l'accusé alors qu'il existe un doute raisonnable quant au déroulement véritable des événements (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 41 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_784/2011 du 12 mars 2012 consid. 1.1). 3.1.2. Le juge du fait dispose d'un large pouvoir dans l'appréciation des preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 4b p. 40). Confronté à des versions contradictoires, il forge sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son ensemble et l'état de fait déduit du rapprochement de divers éléments ou indices. Un ou plusieurs arguments corroboratifs peuvent demeurer fragiles si la solution retenue peut être justifiée de façon soutenable par un ou plusieurs arguments de nature à emporter la conviction (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_109/2014 du 25 septembre 2014 consid. 2.1 ; 6B\_398/2013 du 11 juillet 2013 consid. 2.1 et 6B\_642/2012 du 22 janvier 2013 consid. 1.1). Les déclarations de la victime, entendue comme témoin, constituent un élément de preuve que le juge apprécie librement (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_614/2012 du 15 février 2013 consid. 3.2.5 ; 6B\_716/2010 du 15 novembre 2010 consid. 1.3 et 6B\_360/2008 du 12 novembre 2008 consid. 4.3). Les déclarations successives d'un même témoin ne doivent pas nécessairement être écartées du seul fait qu'elles sont contradictoires. Il appartient au juge de retenir, sans arbitraire, la version qui lui paraît la plus convaincante et de motiver les raisons de son choix (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_28/2013 du 13 juin 2013 consid. 1.2 ; 6B\_429/2008 du 7 novembre 2008 consid. 4.2.2). Rien ne s'oppose à ce que le juge ne retienne qu'une partie des déclarations d'un témoin globalement crédible (ATF 120 Ia 31 consid. 3 p. 39 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_637/2012 du 21 janvier 2013 consid. 5.4). Pour des rétractations de témoignages, comme face à des aveux, suivis de rétractation, le juge doit se forger une conviction aussi bien sur les premières déclarations du prévenu que sur les nouvelles, valant rétractation, et apprécier les circonstances dans lesquelles l'intéressé a modifié ses déclarations initiales (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_157/2011 du 20 septembre 2011 consid. 1.2 ; 6B\_626/2008 du 11 novembre 2008

consid. 2.1 et les références). Les constellations des "déclarations contre déclarations", dans lesquelles celles de la présumée victime en tant que principal élément à charge et les déclarations contradictoires de la personne accusée s'opposent, ne doivent pas nécessairement ou seulement très vraisemblablement, sur la base du principe *in dubio pro reo*, conduire à un acquittement. L'appréciation définitive des déclarations des participants incombe au juge du fond (ATF 137 IV 122 consid. 3.3 = JdT 2012 IV p. 79 ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER [éds], *Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung*, Basler Kommentar StPO/JStPO, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, n. 83 ad art. 11).

3.1.3. Les infractions réprimant la contrainte sexuelle et le viol interdisent toute atteinte à la liberté sexuelle. Pour qu'il y ait contrainte en matière sexuelle, il faut que la victime ne soit pas consentante, que l'auteur le sache ou accepte cette éventualité et qu'il passe outre en profitant de la situation ou en utilisant un moyen efficace (ATF 122 IV 97 consid. 2b p. 100). Les art. 189 CP et 190 CP tendent à protéger la libre détermination en matière sexuelle, en réprimant l'usage de la contrainte aux fins d'amener une personne à faire ou à subir, sans son consentement, l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel. Il s'agit de délits de violence, qui doivent être considérés principalement comme des actes d'agression physique (ATF 131 IV 107 consid. 2.2 p. 109 ; 128 IV 97 consid. 2b p. 99, 106 consid. 3a/bb p. 110 s. ; 124 IV 154 consid. 3b p. 158 s.). L'auteur fait usage de violence lorsqu'il emploie volontairement la force physique sur la victime afin de la faire céder. En introduisant la notion de "pressions psychiques", le législateur a aussi voulu viser les cas où la victime se trouve dans une situation sans espoir, sans pour autant que l'auteur ait recouru à la force physique ou à la violence (ATF 131 IV 107 consid. 2.2 p. 109). Les pressions d'ordre psychique visent les cas où l'auteur provoque chez la victime des effets d'ordre psychique, tels que la surprise, la frayeur ou le sentiment d'une situation sans espoir, propres à la faire céder (ATF 128 IV 106 consid. 3a/bb p. 111 ; 122 IV 97 consid. 2b p. 100). Il n'est pas nécessaire que la victime ait été mise hors d'état de résister (ATF 124 IV 154 consid. 3b p. 158). Une situation d'infériorité physique ou de dépendance sociale et émotionnelle peut suffire. Un climat de psycho-terreur entre époux peut, même sans violence, exercer une influence telle sur la volonté que la victime estime, de manière compréhensible, qu'elle n'a pas de possibilité réelle de résister (ATF 126 IV 124 consid. 3b et c p. 129 ss). S'il n'est ainsi pas nécessaire que l'auteur recoure à la violence ou à la menace (FF 1985 II 1091), la victime doit néanmoins être contrainte, ce qui présuppose un moyen efficace, autrement dit que celle-ci se trouve dans une situation telle qu'il soit possible d'accomplir l'acte sans tenir compte du refus ; il suffit en définitive que, selon les circonstances concrètes, la soumission de la victime soit compréhensible. Tel est le cas lorsque la victime est placée dans une situation telle qu'il serait vain de résister physiquement ou d'appeler du secours ou que cela entraînerait un préjudice disproportionné, de sorte que l'auteur parvient à ses fins, en passant outre au refus, sans avoir nécessairement à employer la violence ou la menace (ATF 119 IV 309 consid. 7b ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_71/2015 du 19 novembre 2015 consid. 2.1.2). Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une contrainte sexuelle, il faut procéder à une appréciation globale des circonstances concrètes déterminantes. Une appréciation individualisée est nécessaire, laquelle doit reposer sur des éléments suffisamment typiques (ATF 131 IV 107 consid. 2.2 p. 109 ; 128 IV 97 consid. 2b p. 99, 106 consid. 3a/bb p. 111). La mesure de l'influence qui doit avoir été exercée sur la victime pour qu'il y ait pression d'ordre psychique n'est pas aisément déterminable, de sorte qu'il y a lieu de se montrer prudent dans l'application des dispositions réprimant la contrainte sexuelle (ATF 128 IV 97 consid. 2b p. 99, 106 consid.

3b/aa p. 111). 3.1.4. Sur le plan subjectif, les infractions de contrainte et de viol sont intentionnelles, mais le dol éventuel suffit. L'auteur (un homme en cas de viol) doit savoir que la victime (une femme en cas de viol) n'est pas consentante ou, du moins, en accepter l'éventualité, et il doit vouloir ou, tout au moins, accepter qu'elle soit contrainte par le moyen qu'il met en œuvre ou la situation qu'il exploite (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_822/2014 du 8 janvier 2015 consid. 3.3 et 6B\_287/2011 du 3 novembre 2011 consid. 3.2.1). L'élément subjectif sera réalisé lorsque la victime a donné des signes évidents et déchiffrables de son opposition, reconnaissables pour l'auteur, et que celui-ci n'en a pas tenu compte (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_575/2010 du 16 décembre 2010 consid. 1.3.2).

### **E. 3.2**

L'examen des déclarations des parties et des éléments au dossier conduit aux constatations suivantes : B\_\_\_\_\_ a été constante dans ses déclarations, à l'exception de l'épisode, certes important, de la fellation qu'elle a omis de mentionner devant la police et devant le MP, dans un premier temps, mais non sans l'avoir rapporté préalablement au médecin légiste, premier intervenant à avoir consigné ses explications. Par la suite, elle en a toujours fait état, sans varier, étant relevé qu'elle a été dans l'incapacité de préciser sa durée, ce qui n'exclut pas qu'elle eût été courte et, qu'en regard des faits, son importance ait été relativisée par l'épisode concomitant de pénétration vaginale qui est ensuite intervenu et dont les deux parties admettent qu'il s'est terminé par l'éjaculation du prévenu. En outre, la partie plaignante a fait état de troubles de mémoire, lesquels sont corroborés par un certificat médical. Il ne peut ainsi être écarté une amnésie partielle et temporaire sur cet épisode. Pour le surplus, l'on n'observe ni contradictions, ni variations dans le récit de la partie plaignante, la mention du fait qu'il lui avait " mis les doigts " dans l'expertise ne précisant pas que cela fût précisément à l'intérieur de son sexe. L'on ne saurait en dire autant de l'appelant. Après avoir, dans un premier temps, nié toute relation sexuelle, il est revenu sur ces dénégations pour affirmer avoir entretenu à deux reprises des relations sexuelles avec la partie plaignante. Il a cependant été incapable de situer précisément dans le temps la première d'entre elle, le dossier révélant qu'il a occupé pour la première fois la chambre le 19 décembre 2016, et ses déclarations variant, déjà à la police, entre une première relation sexuelle intervenue le lendemain d'une embrassade se situant deux semaines après son installation dans la chambre voisine de celle de la partie plaignante, à quatre jours après l'embrassade et une semaine avant Noël. Devant le MP, l'embrassade préalable était intervenue quelques jours avant Noël, la relation sexuelle intervenant deux ou trois jours après puis ensuite cinq jours avant Noël. Selon l'expert, le prévenu lui a déclaré que la première relation sexuelle était intervenue le samedi avant Noël soit, au vu du calendrier, sept jours avant le 24 décembre 2016 ou un jour avant le 25 décembre, selon la date de Noël prise en compte. L'on ne peut que s'interroger sur les motifs d'une telle incertitude à peine quelques semaines après l'évènement supposé et si proche de la date de Noël, supposée faciliter la mémoire. A\_\_\_\_\_ a également varié sur le moment où il avait appris qu'un viol lui était reproché, expliquant d'abord l'avoir appris oralement à un arrêt de bus avant de reconnaître que c'était déjà à travers les messages reçus de la partie plaignante. Il a également modifié le sens à donner à ses propos au sujet de la mention " je te pardans " qui aurait initialement signifié quelque chose comme " quoi, que racontes-tu, donne-moi des explications " pour s'expliquer finalement par un " je te pardonne ". Il a également menti sur l'existence de contacts personnels normaux avec la partie plaignante après le prétendu second rapport sexuel mais également en affirmant tout au long de la procédure que son message " tu et fâché " du 4 janvier 2017 aurait immédiatement suivi un appel téléphonique

de B\_\_\_\_\_, dans les instants précédents son envoi, pour lui demander s'ils pouvaient se voir, ce à quoi il aurait répondu par la négative. Enfin, ses explications ont été plus que confuses et ont varié sur le contenu même des messages qu'il avait adressés à la partie plaignante allant d'avoir compris une notion de "non consentement" au fait qu'il n'avait strictement rien compris de ses messages et avait eu peur. Cette constatation est d'autant plus grande que la chronologie et l'enchaînement des faits postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2017 corroborent nettement plus la version des faits de la partie plaignante que celle du prévenu. Ainsi, il sera relevé que le message de 19:31 de A\_\_\_\_\_ le 4 janvier 2017, premier contact entre les parties depuis la relation sexuelle, implique, de façon implicite, un épisode problématique puisqu'il est demandé à B\_\_\_\_\_ si elle est fâchée. Ceci ne correspond pas à la version des faits du prévenu d'une relation mutuellement satisfaisante. En outre, le message de la partie plaignante au sujet du SIDA correspond au moment où elle se trouve en consultation à la Maternité et où la question d'un traitement préventif s'est posée concrètement à elle. Dans le contexte d'une relation forcée, l'on comprend aisément l'existence d'une telle interrogation à l'endroit du prévenu. A cela s'ajoutent les éléments objectifs figurant au dossier que sont les SMS dont la teneur sur une accusation de relation non consentie ne laisse guère place au doute. La réponse apportée par le prévenu, plus particulièrement dans son message du 5 janvier 2017 répondant à celui de B\_\_\_\_\_ lui reprochant d'avoir continué malgré qu'elle lui disait d'arrêter, en lui disant qu'il était désolé, qu'elle l'avait excité et qu'il ne le referait plus jamais est explicite à cet égard. Cette réponse permet de considérer que le prévenu était conscient de l'opposition de la partie plaignante. De surcroît, l'ensemble des SMS échangés ne reflète nullement ce qui peut être attendu d'une relation amoureuse naissante. A cela s'ajoutent les déclarations des témoins. D'une part, celui de la réceptionniste du C\_\_\_\_\_ faisant état de ce qu'aucune relation intime n'était intervenue entre les parties après que B\_\_\_\_\_ l'eût refusée. En outre, les trois témoins J\_\_\_\_\_, H\_\_\_\_\_ et I\_\_\_\_\_ ont rapporté les pleurs de la partie plaignante lorsqu'elle leur a fait part des faits, ceci témoignant d'un état peu compatible avec une relation consentie. Il est ainsi incontestable que la crédibilité de la partie plaignante sur les faits rapportés est nettement plus grande que celle du prévenu tout en étant corroborée par les quelques éléments objectifs présents au dossier. En particulier, l'existence de la première relation sexuelle évoquée ne repose sur rien, le prévenu ayant le plus grand mal à la situer. Ses explications sont, de surcroît, peu vraisemblables. Il décrit la partie plaignante comme prenant toutes les initiatives, le second rapport sexuel, dont il a admis qu'il précédait de peu les messages SMS échangés à propos du SIDA, étant quasiment une réplique du premier. En regard de la situation de fait tel que ressortant du dossier, particulièrement les troubles de santé rencontrés par B\_\_\_\_\_, on imagine mal que cette dernière, particulièrement mal et faible le jour des faits dénoncés si l'on s'en réfère à son message adressé au prévenu peu avant ceux-ci, se soit transformée en quelques minutes en une personne si désireuse de sexe qu'elle aurait pris elle-même l'initiative d'une fellation. L'état de stress post-traumatique diagnostiqué par la Dresse N\_\_\_\_\_ renforce encore la conviction qu'une relation forcée est intervenue. Il résulte de ce qui précède que la CPAR retient que la version des faits présentée par la partie plaignante correspond à la réalité. Elle a décrit un épisode de fellation forcée par le maintien de sa tête et de sa bouche contre le sexe du prévenu avant que celui-ci ne la bascule sur le lit pour la pénétrer sans son consentement. Au vu de la constitution frêle et de la faiblesse relative de la partie plaignante, il apparaît que le prévenu n'a pas dû recourir à une grande force pour la maîtriser, que la partie plaignante ait crié fort ou non, n'ayant pas d'importance à cet égard, étant relevé qu'effectivement l'emplacement

de la chambre ne favorisait pas qu'un tiers puisse l'entendre. Quant à la résistance opposée, le fait que B\_\_\_\_\_ se soit fait mal à une côte, ce dont elle a fait part au médecin légiste et à son généraliste, témoigne encore une fois de son refus, même si une fracture n'est pas intervenue. Les faits sont sans conteste constitutifs de contrainte sexuelle et de viol, de sorte que le verdict de culpabilité sera confirmé et l'appel rejeté sur ce point.

#### **E. 4**

L'appelant, qui conclut à titre subsidiaire au prononcé du sursis partiel, n'a pas critiqué en tant que telle la quotité de la peine prononcée. La CPAR se réfère sur ce point aux considérants et aux développements exposés par les premiers juges à ce sujet (art. 82 al. 4 CPP et consid. 2.2 du jugement entrepris). Il sera à cet égard relevé que la peine privative de liberté prononcée de trois ans apparaît même relativement clément en regard de la gravité de la faute, même si les premiers juges ont dans l'appréciation de cette dernière, tenu compte de l'atténuation due à la responsabilité très légèrement restreinte, à dire d'expert. Cela étant, sa collaboration, particulièrement mauvaise, doit être soulignée. Il sera également relevé l'absence de tout repentir de même que d'une quelconque volonté de s'amender ou de regrets exprimés envers la partie plaignante. La prise de conscience est donc nulle.

4.1.1. Selon l'art. 43 CP, le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur (al. 1).

4.1.2. Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis – ou du sursis partiel – un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit prononcer le sursis. Celui-ci est ainsi la règle dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185 s. ; ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2 p. 5). Les conditions subjectives permettant l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 CP, à savoir les perspectives d'amendement, valent également pour le sursis partiel prévu à l'art. 43 CP, dès lors que la référence au pronostic ressort implicitement du but et du sens de ces dernières dispositions. Ainsi, lorsque le pronostic quant au comportement futur de l'auteur n'est pas défavorable, la loi exige que l'exécution de la peine soit au moins partiellement suspendue. En revanche, un pronostic défavorable exclut également le sursis partiel. S'il n'existe aucune perspective que l'auteur puisse être influencé de quelque manière que ce soit par le sursis complet ou partiel, la peine doit être entièrement exécutée (ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1 p. 10).

4.1.3. Selon l'art. 56 al. 1 CP, une mesure doit être ordonnée si une peine seule ne peut écarter le danger que l'auteur commette d'autres infractions (let. a), si l'auteur a besoin d'un traitement ou que la sécurité publique l'exige (let. b) et si les conditions prévues aux art. 59 à 61, 63 ou 64 sont remplies (let. c). Le prononcé d'une mesure suppose que l'atteinte aux droits de la personnalité qui en résulte pour l'auteur ne soit pas disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il commette de nouvelles infractions et de leur gravité (art. 56 al. 2 CP). Pour ordonner une des mesures prévues aux art. 59 à 61, 63 et 64 CP, le juge se fonde sur une expertise. Celle-ci se détermine sur la nécessité et les chances de succès d'un traitement, sur la vraisemblance que l'auteur commette d'autres infractions et sur la nature de celles-ci ainsi que sur les possibilités de faire exécuter la mesure (art. 56 al. 3 let. a à c CP).

4.1.4. Conformément à l'art. 59 al. 1 let. b CP, une mesure thérapeutique institutionnelle ne peut être ordonnée qu'à la condition qu'il soit à prévoir que cette mesure détournera l'auteur de nouvelles infractions en relation avec ce trouble. Il s'ensuit que le prononcé d'une telle mesure, qui suppose un risque de récidive, implique nécessairement un pronostic négatif et, par conséquent, exclut le prononcé du sursis (ATF 135 IV 180 consid. 2). Ce qui précède

vaut également en cas de prononcé d'une mesure ambulatoire au sens de l'art. 63 CP (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_71/2012 du 21 juin 2012 consid. 6). Dans un arrêt 6B\_94/2015 du 24 septembre 2015 consid. 1.1, le Tribunal fédéral a rappelé cette jurisprudence, précisant que l'incompatibilité entre sursis et mesure s'applique aussi au sursis partiel. En effet, les conditions du sursis partiel sont les mêmes ; il faut en particulier qu'un pronostic défavorable ne puisse pas être posé (M. DUPUIS / B GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL [éds], Code pénal – Petit commentaire , Bâle 2012, n. 6 ad art. 43 CP).

#### **E. 4.2**

L'expert qualifie le risque de récidive de l'appelant d'important, précisant encore qu'une peine seule n'est pas suffisante pour le prévenir. Une prise en charge psychothérapeutique impliquant un suivi psychiatrique et addictologique s'avère nécessaire, laquelle peut lui être imposée contre sa volonté. Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette expertise, qui ne prête pas le flanc à la critique. Un pronostic défavorable s'impose aussi au sujet de l'appelant dès lors qu'il peut être noté, qu'alors qu'un traitement ambulatoire doit être ordonné, il se refuse à tout traitement qu'il soit psychiatrique ou addictologique, de façon répétée, tant devant le MP, que les premiers juges et encore en audience d'appel, malgré ce qu'il a pu déclarer antérieurement à l'expert. En outre, l'absence de prise de conscience de sa faute, déjà relevée supra , la négation de l'intégralité des faits dénoncés et l'absence de reconnaissance de ses troubles sont des éléments qui ne permettent pas de pronostiquer l'absence d'un risque de récidive, ce d'autant plus que, selon l'expert, l'intéressé est susceptible de commettre différents types d'infractions, dont de nature sexuelle. A ces différents éléments s'ajoute encore une situation personnelle fragile. Le pronostic étant défavorable, le sursis partiel est exclu.

#### **E. 5**

L'appelant conclut à une réduction du tort moral accordé à B\_\_\_\_\_. 5.1.1. Conformément à l'art. 49 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO - RS 220), celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques et psychiques consécutives à l'atteinte subie et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage ne pouvant que difficilement être réduit à une simple somme d'argent, échappe à toute fixation selon les critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites. L'indemnité allouée doit toutefois être équitable (ATF 141 III 97 consid. 11.2 p. 98 ; 130 III 699 consid. 5.1 p. 704 s. ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_267/2016 , 6B\_268/2016 , 6B\_269/2016 du 15 février 2017 consid. 8.1). Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 132 II 117 consid. 2.2.3 in limine ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_188/2010 du 4 octobre 2010). Toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence, dès lors que le tort moral touche aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment face au malheur qui le frappe. Une comparaison avec d'autres cas similaires peut cependant, suivant les circonstances, constituer un élément d'orientation utile (ATF 138 III 337 consid. 6.3.3 p. 345 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_118/2016 du 20 mars 2017 consid. 6.1). Dans un arrêt de 2003, le

Tribunal fédéral a relevé qu'une indemnité de CHF 30'000.- en cas de viol et contrainte sexuelle constituait un montant élevé, demeurant toutefois justifié dans le cas d'espèce (arrêt du Tribunal fédéral 6S.334/2003 du 10 octobre 2003 consid. 5). Les montants accordés dans ce genre de cas se situent généralement entre CHF 10'000.- et CHF 20'000.- (voir par ex. : arrêt du Tribunal fédéral 6P.1/2007 du 30 mars 2007 consid. 8 ; AARP/118/2014 du 10 mars 2014).

### **E. 5.2**

En l'occurrence, il est incontestable que B\_\_\_\_\_ a été victime d'une atteinte grave à son intégrité sexuelle qui lui a laissé des séquelles psychiques qui perdurent à ce jour. L'agression a entraîné une modification durable de son comportement. Selon son médecin, elle a souffert de troubles du sommeil, d'anxiété et d'hyper vigilance ainsi que d'inappétence. Un diagnostic d'état de stress post-traumatique et de dépression a été posé. Il n'y a donc pas lieu de minimiser leur impact et une réparation pour tort moral d'une importance certaine doit être reconnue. Il n'y a pas de comparaison à faire avec l'arrêt cité par l'appelant. Les circonstances de fait divergent. A\_\_\_\_\_ a porté atteinte à une victime qu'il savait déjà affaiblie et dont il a exploité la confiance, sans en tenir compte. La faute est ainsi différente. Cela étant, l'indemnité de CHF 25'000.- accordée par le Tribunal correctionnel apparaît comme étant dans la fourchette supérieure des montants moyens accordés à titre d'indemnisation du tort moral dans le cadre d'affaire de viols ou de contrainte sexuelle, hors circonstances très particulières. La présente affaire ne revêt pas un caractère exceptionnel et il n'est pas non plus avéré que l'ensemble des troubles précités soient exclusivement dus aux actes de l'appelant, étant donné qu'il est connu que l'intimée était déjà suivie. Dans cette mesure, une indemnisation à hauteur de CHF 18'000.- avec intérêts depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, apparaît plus en rapport avec les circonstances du cas d'espèce.

### **E. 6**

L'appelant conteste son expulsion. 6.1.1. Le juge expulse de Suisse l'étranger qui est condamné pour contrainte sexuelle ou viol, quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre, pour une durée de cinq à quinze ans (art. 66a al. 1 let. h CP). Le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. A cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse (al. 2). 6.1.2. L'art. 66a al. 2 CP définit une " Kannvorschrift ", en ce sens que le juge n'a pas l'obligation de renoncer à l'expulsion, mais peut le faire si les conditions fixées par cette disposition sont remplies. Ces conditions sont cumulatives ( cf . BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und Migrationsrecht der Landesverweisung , in Plädoyer 5/2016 p. 97 s. ; A. BERGER, Umsetzungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative , in Jusletter 7 août 2017 no 6.1 p. 20). Afin de pouvoir renoncer à une expulsion prévue par l'art. 66a al. 1 CP, il faut donc, d'une part, que cette mesure mette l'étranger dans une situation personnelle grave et, d'autre part, que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par une " situation personnelle grave ". Selon le Tribunal fédéral, à cet égard, certains auteurs préconisent de s'inspirer des critères énoncés à l'art. 31 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) ( cf . B. F. BRÄGGER, Auswirkungen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung auf den

Sanktionenvollzug , in SZK 1/2017 p. 88 ; BUSSLINGER/ UEBERSAX, op. cit ., p. 100 s.; BERGER, op. cit ., p. 26 ; contra : FIOKA/ VETTERLI, Die Landesverweisung in Art. 66a ff StGB als strafrechtliche Sanktion , in Plädoyer 5/2016 p. 86 s.). Cet article, relatif aux cas de dérogation aux conditions d'admission pour des cas d'extrême gravité, prévoit qu'il y a lieu de prendre en compte l'intégration du requérant et la durée de son séjour en Suisse, le respect de l'ordre juridique suisse, la situation familiale, particulièrement la durée de scolarité des enfants, l'état de santé et les possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question ( cf . arrêt du Tribunal fédéral 6B\_506/2017 du 14 février 2018, consid. 1.1). 6.1.3 . L'art. 8 par. 1 CEDH dispose que toute personne a en particulier droit au respect de sa vie privée et familiale. Ce droit n'est toutefois pas absolu. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible, selon l'art. 8 par. 2 CEDH, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Il convient à cet égard de procéder, tant sous l'angle du droit interne que sous celui du droit conventionnel, à une pesée des intérêts ainsi qu'à un examen de la proportionnalité (ATF 135 II 377 consid. 4.3 p. 381). Pour apprécier ce qui est équitable, l'autorité doit notamment tenir compte de la gravité de la faute commise par l'étranger, de la durée de son séjour en Suisse et du préjudice qu'il aurait à subir avec sa famille du fait de l'expulsion (ATF 139 II 121 consid. 6.5.1 p. 132 ; 135 II 377 consid. 4.3 p. 381 s.). 6.1.4 . Selon la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH), l'art. 8 CEDH ne confère pas à l'étranger un droit d'entrer ou de résider sur le territoire d'un Etat. Cependant, exclure une personne d'un pays où vivent ses proches parents peut constituer une ingérence dans le droit au respect de sa vie familiale, tel que protégé par l'article 8 par. 1 CEDH (arrêts CourEDH K.M. c. Suisse du 2 juin 2015 [requête no 6009/10] § 44; Ukaj c. Suisse du 24 juin 2014 [requête no 32493/08] § 27; Hasanbasic c. Suisse du 11 juin 2013 [requête no 52166/09] § 46). Tous les immigrés établis, indépendamment de la durée de leur résidence dans le pays dont ils sont censés être expulsés, n'ont pas nécessairement une "vie familiale" au sens de l'article 8 CEDH. Toutefois, dès lors que cette disposition protège également le droit de nouer et d'entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur et qu'il englobe parfois des aspects de l'identité sociale d'un individu, il faut accepter que l'ensemble des liens sociaux entre les immigrés établis et la communauté dans laquelle ils vivent fasse partie intégrante de la notion de "vie privée". Indépendamment de l'existence ou non d'une "vie familiale", l'expulsion d'un étranger établi s'analyse sous l'angle de l'atteinte à son droit au respect de sa vie privée (arrêts CourEDH K.M. § 46 ; Ukaj § 29; Hasanbasic § 48). Selon la CourEDH, une décision de révoquer un permis de séjour et/ou de prononcer une mesure d'interdiction du territoire à l'égard d'un immigré de longue durée à la suite d'une infraction pénale qui a valu à l'intéressé une condamnation à une sanction pénale ne constitue pas une double peine. Les Etats contractants ont le droit de prendre à l'égard des personnes ayant été condamnées pour des infractions pénales des mesures de nature à protéger la société, pourvu bien entendu que, pour autant que ces mesures portent atteinte aux droits garantis par l'article 8 par. 1 CEDH, elles soient nécessaires dans une société démocratique et proportionnées au but poursuivi. Semblables mesures administratives doivent être considérées comme revêtant un caractère préventif plutôt que punitif (arrêt CourEDH Üner c. Pays-Bas du 18 octobre 2006 [requête no 46410/99], Recueil de la CourEDH 2006-XII p. 177 § 56). La question de savoir si une ingérence dans le droit découlant de l'art. 8 par. 1

CEDH est justifiée doit se résoudre en recherchant, d'une part, si celle-ci est prévue par la loi, si, d'autre part, elle vise un but légitime et, enfin, si elle s'avère nécessaire dans une société démocratique (arrêts CourEDH *Case of Salija c. Suisse* du 10 janvier 2017 [requête no 55470/10] § 41; *K.M.* §§ 48 ss; *Ukaj* §§ 31 ss). Concernant ce dernier point, il convient de déterminer si la mesure prise respecte un juste équilibre entre, d'une part, le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale, et, d'autre part, la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales (arrêts CourEDH *K.M.* § 53; *Hasanbasic* § 56; *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008 [requête no 42034/04] § 64; *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, Recueil de la CourEDH 2001-IX p. 137 § 47). S'agissant d'un étranger n'étant arrivé dans son pays d'accueil qu'à l'âge adulte, il convient d'examiner les éléments suivants ( cf . arrêts CourEDH *Shala c. Suisse* du 15 novembre 2012 [requête no 52873/09] § 45; *Gezginci c. Suisse* du 9 décembre 2010 [requête no 16327/05] § 61; *Emre* § 68) : - la nature et la gravité de l'infraction commise par l'étranger ; - la durée de son séjour dans le pays dont il doit être expulsé ; - le laps de temps écoulé entre la perpétration de l'infraction et la mesure litigieuse, ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, et - la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination. Sur ce dernier point, la CourEDH a précisé que le motif sous-jacent à la décision de faire de la durée du séjour d'une personne dans le pays hôte l'un des éléments à prendre en considération résidait dans la supposition que plus longtemps une personne réside dans un pays particulier, plus forts sont ses liens avec ce pays et plus faibles sont ses liens avec son pays d'origine (arrêts CourEDH *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008 [requête no 1638/03] § 68; *Emre* §§ 68-69). Doivent enfin être prises en compte les circonstances particulières entourant le cas d'espèce, comme par exemple les éléments d'ordre médical, ainsi que la proportionnalité de la mesure litigieuse, à travers le caractère provisoire ou définitif de l'interdiction du territoire (arrêts CourEDH *Hasanbasic* § 55; *Emre* § 71). Les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour se prononcer sur la nécessité, dans une société démocratique, d'une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé par l'article 8 CEDH et sur la proportionnalité de la mesure en question au but légitime poursuivi (arrêts CourEDH *Case of Salija* § 43; *K.M.* § 53; *Ukaj* § 36). Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la notion de situation personnelle grave de l'art. 66a al. 2 CP peut se recouper en partie avec l'examen des conditions d'application de l'art. 8 CEDH.

6.2.1. L'appelant ayant été reconnu coupable de contrainte sexuelle et de viol pour des faits intervenus après le 1<sup>er</sup> octobre 2016, son expulsion est obligatoire, ce qui n'est pas contesté. 6.2.2. L'appelant a commis deux infractions sexuelles graves au détriment d'une jeune femme en nette situation d'infériorité. La peine infligée de trois ans est d'une importance certaine. Au jour du prononcé du présent arrêt, il a un antécédent, postérieur à la date de commission des infractions sexuelles, pour des faits de menaces commis avant 2017, dans le cadre conjugal. La durée du séjour de l'appelant en Suisse, d'une quinzaine d'années au moment de la commission de l'infraction, en janvier 2017, est d'une importance conséquente. Il y est arrivé adulte, à l'âge de 35 ans. Depuis lors, à teneur du dossier, il y a vécu sans interruption, notamment dans le cadre de ses mariages successifs et la naissance de son enfant. Il est actuellement titulaire d'un permis d'établissement valable jusqu'en 2020, qui dénote un degré d'intégration supérieur à celui du cas examiné par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 14 février 2018. Avant sa mise en détention, l'intéressé était au bénéfice de prestations de l'Hospice général depuis courant 2014. Cela étant il apparaît qu'auparavant le prévenu avait travaillé régulièrement à Genève sur une longue période. Au sujet de périodes de travail postérieures à 2014, les informations sont peu claires, parfois

contradictoires, le prévenu ayant allégué avoir effectué des tâches dans le jardinage et le déménagement encore en 2016 alors que l'expert rapporte qu'il lui aurait déclaré n'avoir pas travaillé depuis 2014. Ses liens actuels avec son pays d'origine sont mal connus, si ce n'est que sa mère âgée et deux sœurs y vivent toujours. Mis à part la ferme familiale, dont on ignore le sort, et au sein de laquelle il dit avoir aidé son père dans sa jeunesse, l'appelant n'y a pas occupé d'emploi. A l'heure actuelle, il travaille en prison sans que son comportement n'ait prêté matière à reproches, du moins cela ne ressort pas du dossier. Ses liens sociaux, culturels et familiaux en Suisse sont surtout marqués par la présence de son fils âgé de 6 ans avec lequel il entretient une bonne relation au vu des éléments du dossier. Avant son incarcération, il exerçait son droit de visite hebdomadaire avec régularité, malgré une période d'interruption due aux difficultés de le pratiquer hors du lieu de rencontre. A teneur du rapport d'évaluation sociale de décembre 2016, le SPMi privilégiait une garde partagée et estimait favorable à l'intérêt de l'enfant la poursuite de relations avec son père. Par ailleurs, deux témoins de moralité sont venus témoigner en première instance de liens qu'ils entretenaient à Genève avec le prévenu, dont l'un est prêt à lui offrir un logement, alors que son frère et sa famille sont également établis à Genève, le prévenu ayant cependant indiqué qu'il n'entretenait pas de relation particulière avec ce dernier. Au vu de ce qui précède, l'on peut considérer, qu'en comparaison de ceux actuellement quasi inexistantes avec son pays d'origine, des liens d'une intensité certaine lient le prévenu à la Suisse, plus particulièrement sous l'angle de sa sphère familiale et la présence de son fils. En tenant compte du fait que la mesure sera exécutée postérieurement à la peine, elle implique ainsi une durée conséquente de séparation à même de porter une atteinte importante à la qualité de la relation familiale et du rôle que le prévenu peut être amené à jouer auprès de son enfant en bas âge. Il peut ainsi être considéré que l'intéressé présente une intégration concrète en Suisse vu la durée considérable de son séjour, sa titularité d'un permis C, les liens sociaux qu'il y a établis, la présence d'un frère et de sa famille et surtout de son fils en bas-âge avec lequel il entretient des liens réels. S'agissant du respect de l'ordre juridique, outre les faits dont il est reconnu coupable, le prévenu a certes une condamnation à 30 jours-amende avec sursis, mais elle est cependant postérieure aux faits précités et liée au conflit conjugal intervenu avec son ex-épouse. On ne peut ainsi considérer qu'il n'aurait pas saisi des opportunités de réinsertion qui lui auraient été offertes. Il est également en mesure de disposer d'un logement à sa sortie de détention. Sous l'angle de la violation de l'art. 8 CEDH, il apparaît ainsi que la mesure d'expulsion du territoire constituerait indubitablement une ingérence disproportionnée tant dans son droit au respect de sa vie privée qu'à son droit au respect de sa vie familiale par une rupture radicale coupant sa relation avec son fils, ce dernier motif justifiant dans le cas d'espèce de renoncer à prononcer son expulsion, comme l'avait du reste préconisé le MP qui ne l'avait pas requise devant les juges de première instance. L'appel est ainsi admis sur ce point et le jugement sera réformé en ce sens, la CPAR considérant cependant qu'il s'agit là d'un cas limite en regard de la gravité de la faute commise.

## **E. 7**

L'appelant, qui succombe partiellement, supportera les trois quarts des frais de la procédure envers l'État (art. 428 CPP).

## **E. 8**

8.1.1. Les frais imputables à la défense d'office sont des débours (art. 422 al. 2 let. a CPP) qui constituent des frais de procédure (art. 422 al. 1 CPP) et doivent, conformément à l'art. 421 al. 1 CPP, être fixés par l'autorité pénale dans la décision finale au plus tard (ATF 139

IV 199 consid. 5.1 p. 201-202). La juridiction d'appel est partant compétente, au sens de l'art. 135 al. 2 CPP, pour statuer sur l'activité postérieure à sa saisine. 8.1.2 . Selon 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, le règlement sur l'assistance juridique du 28 juillet 2010 (RAJ ; E 2 05.04) s'appliquant à Genève. Selon l'art. 16 al. 1 RAJ, l'indemnité due à l'avocat et au défenseur d'office en matière pénale est calculée selon le tarif horaire de CHF 200.- pour un chef d'étude (let. c), débours de l'étude inclus, la TVA étant versée en sus si l'intéressé y est assujetti, de même qu'une majoration forfaitaire de 20% jusqu'à 30 heures d'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure, pour les démarches diverses, telles que rédaction de courriers, entretiens téléphoniques, prise de connaissance de décisions etc., et de 10 % au-delà, pratique que le Tribunal fédéral a admise sur le principe (arrêt 6B\_838/2015 du 25 juillet 2016 consid. 3.5.2 ; voir aussi la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2015.85 du 12 avril 2016 consid. 3.5.2 et 3.5.3). 8.2.1. En l'occurrence, l'état de frais du défenseur d'office de l'appelant jusqu'à la date des débats d'appel est globalement adéquat et conforme aux principes dégagés par la pratique de la CPAR, à l'exception de l'heure consacrée par le stagiaire à l'examen de la question préjudicielle, la jurisprudence du Tribunal fédéral étant publiée. Seules 15 minutes seront admises à ce titre. L'indemnité sera donc arrêtée à CHF 2'837.40 correspondant à 11 heures d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 2'200.-), plus 2 heures 15 minutes au tarif de CHF 65.-/heure (CHF 146.25), la majoration forfaitaire de 10% (CHF 234.65), l'équivalent de la TVA au taux de 8% en CHF 206.50 et CHF 50.- pour le déplacement en audience.

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