REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/19701/2018 **AARP/195/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 16 juin 2021

Entre

A_____, p.a. Centre d'hébergement collectif B_____, _____, comparant par M^e^ C_____, avocat,

appelant,

contre le jugement JTDP/1560/2020 rendu le 22 décembre 2020 par le Tribunal de police,

et

D_____, partie plaignante,

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

intimés.

Siégeant : Monsieur Vincent FOURNIER, président ; Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE et Monsieur Pierre BUNGENER, juges ; Madame Geneviève ROBERT-GRANDPIERRE, greffière-juriste délibérante.

EN FAIT :

A. **a.** En temps utile, A_____ appelle du jugement du 22 décembre 2020, par lequel le Tribunal de police (TP) l'a reconnu coupable d'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 du Code pénal suisse [CP]) et de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la loi sur les étrangers et l'intégration [LEI]). Le TP l'a condamné à une peine privative de liberté de 12 mois avec sursis pendant trois ans, a ordonné son expulsion de Suisse pour une durée de cinq ans et rejeté ses conclusions en indemnisation, frais de la procédure à sa charge.

A_____ entreprend intégralement ce jugement et conclut à son acquittement, sollicitant une indemnité pour détention injustifiée d'un montant de CHF 200.- par jour, frais à la charge de l'Etat. Il conclut subsidiairement à ce que la peine privative de liberté ne dépasse pas six mois, avec sursis d'une durée d'un an, et à ce qu'il soit renoncé à son expulsion.

b. Selon l'acte d'accusation du 12 novembre 2020, il est reproché ce qui suit à A_____ :

- dans la soirée du 21 au 22 juillet 2018, dans la cour d'un immeuble à Genève, il a profité de l'incapacité de discernement et de l'impossibilité d'opposer toute résistance de D_____, exploitant intentionnellement son état d'ivresse et sa fatigue, pour lui toucher et caresser la poitrine et le sexe sous ses vêtements. Il a également introduit un doigt dans son vagin et s'est masturbé puis a éjaculé sur le haut de sa robe, alors qu'il se tenait debout sur elle (pt. 1.1. de l'acte d'accusation) ;

- depuis à tout le moins 2014 et jusqu'au 9 mai 2020, il a séjourné en Suisse sans être au bénéfice des autorisations nécessaires, sans détenir de passeport et sans disposer des ressources financières lui permettant d'assurer son séjour et ses frais de retour (pt. 1.2).

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a.a. D_____, ressortissante canadienne anglophone, a passé la soirée du 21 au 22 juillet 2018 dans un restaurant, situé à la rue 1_____ à Genève, pour le mariage de sa sœur. Elle a quitté l'établissement le 22 juillet 2018, vers 04h00, fortement alcoolisée et s'est rendue à l'arrêt de bus "*E*_____" aux fins de regagner son hôtel, au vu de son état.

Vers 05h50 du matin, D_____ a fait appel à la police pour une affaire de mœurs. Son taux d'alcoolémie n'a pas été relevé au moment des faits.

a.b. Entendue par la police le jour suivant, elle a déclaré avoir quitté le mariage de sa sœur après s'être sentie mal du fait de sa consommation d'alcool. Elle s'était dirigée vers un arrêt de bus et avait été prise de nausées. Elle s'était alors rendue dans la cour d'un immeuble afin de vomir et avait ensuite dû s'assoupir. Lorsqu'elle avait repris ses esprits, elle avait vu un homme debout au-dessus d'elle qui se masturbait. Elle s'était recroquevillée et lui avait demandé d'arrêter. Il était ensuite parti. Elle s'était alors rendue à l'appartement de sa belle-sœur, sis dans le quartier de E_____. Celle-ci n'étant pas là, elle était retournée au restaurant. Sa belle-sœur, voyant son état, avait fait appel à la police. La seule partie de l'homme qu'elle avait vue était son pénis, qui lui semblait être blanc. Elle avait pris peur et ne l'avait donc pas regardé.

Entendue une nouvelle fois deux ans après les faits par la police canadienne, elle a pour l'essentiel confirmé les déclarations effectuées lors de sa première audition en Suisse. Elle a précisé avoir réservé une auberge de jeunesse pour la nuit du mariage ainsi que la précédente. Au cours de la soirée, elle avait beaucoup bu – mais ne se souvenait pas combien – au point d'avoir envie de vomir. C'était à ce moment que sa mémoire s'était embrumée. Elle ne se souvenait pas de grand-chose à part de s'être rendue dans une cour, puis de s'être réveillée au moment où un homme se masturbait sur elle. Elle lui avait dit "*stop*" et "*don't*". Elle ne se souvenait pas qu'il ait ramassé son porte-monnaie pour le lui rendre.

a.c. L'examen de la robe portée par D_____ la nuit des faits, a permis de découvrir la présence de traces luminescentes sur l'avant de la bretelle gauche et au niveau du sein gauche, ainsi que sur l'arrière de la bretelle droite. Des tests ont été réalisés sur les deux premières traces, lesquels ont révélé la présence de liquide séminal de A_____.

b.a. A_____ a été interpellé le 9 mai 2020. Il a indiqué avoir passé la nuit du 21 au 22 juillet 2018 à faire la fête avec des amis. Il avait bu beaucoup d'alcool. Au petit matin, il s'était rendu vers l'arrêt de bus "*E_____*". Il y avait rencontré une femme qui parlait anglais. Ils avaient beaucoup discuté, soit environ 10 à 15 minutes. A un moment, il lui avait proposé de "*s'amuser ensemble*". Elle lui avait dit que ce n'était pas possible qu'il vienne chez elle et il lui avait répondu que ce n'était pas non plus possible d'aller chez lui car il dormait chez un ami. Il lui avait alors proposé de trouver un endroit à proximité et elle avait été d'accord. Ils avaient marché ensemble pour se mettre à l'abri des regards dans un coin de rue. Ils s'étaient assis par terre et s'étaient ensuite touchés. L'endroit où ils s'étaient assis n'était pas caché. Ils étaient à la vue des habitants de l'immeuble. Il a indiqué devant la police qu'il avait touché la poitrine et le sexe de la plaignante et qu'elle lui avait touché le pénis, puis qu'il s'était masturbé et avait éjaculé pendant qu'elle lui touchait la poitrine. Devant le MP, il a expliqué qu'il lui avait caressé les seins à même la peau, avait mis la main dans sa culotte et lui avait caressé le sexe, enfonçant ses doigts dans son vagin. Il est cependant revenu sur ses déclarations devant le TP s'agissant de ce dernier point. Devant la CPAR, il a confirmé avoir caressé les seins et le sexe de la plaignante,

mais par-dessus les habits. Elle avait défait la braguette de son pantalon et lui-même avait sorti son sexe.

Devant le MP, il a déclaré pour la première fois que lorsqu'il lui avait demandé s'il pouvait la toucher, D_____ lui avait répondu "*oui, touch me*", puis "*it's good, it's good*" lorsqu'ils se touchaient mutuellement. Lorsqu'il la caressait, elle lui avait dit "*it's good, continue*". Ils n'avaient pas fait l'amour car il n'avait pas de préservatif et ne la connaissait pas. Il avait une hépatite B et ne voulait pas prendre le risque de lui transmettre cette maladie.

Après avoir terminé, ils étaient sortis du "*petit coin*" ensemble. Ils s'étaient dits "*bye bye, see you*", partant chacun de leur côté.

Devant la police, A_____ a précisé que D_____ était "*très alcoolisée*" et "*très bourrée*". Il lui avait rendu son portemonnaie qu'elle avait perdu par terre. Devant le MP, il a précisé qu'elle lui avait dit avoir bu de l'alcool et qu'elle sortait d'une fête. Il pensait qu'elle sentait l'alcool. Devant le TP, A_____ a précisé qu'il ne pouvait pas savoir si la plaignante était très alcoolisée, dans la mesure où lui-même l'était. Elle lui parlait et le comprenait ; il pensait donc qu'elle savait ce qu'elle faisait. Il était parfaitement arrivé à la comprendre et elle marchait normalement, sans tituber. Il n'avait jamais dit que la plaignante était "*très bourrée*". La police s'était probablement trompée en notant ses déclarations, qu'il avait rectifiées devant le MP. Devant la CPAR, il a enfin déclaré que la plaignante lui avait semblé alcoolisée, mais pas dans un état où elle aurait pu être endormie, ou "*K-O*".

Il ne l'avait pas forcée et n'avait pas été agressif, les actes commis étant consentis. A aucun moment elle ne lui avait dit non ou manifesté son désaccord. Lorsqu'il avait appris qu'elle avait déposé plainte, il avait été surpris. Il n'avait rien fait dans le but de lui faire mal. Si elle le lui avait demandé, il l'aurait laissée. Il regrettait ce qui s'était passé et lui présentait ses excuses, n'ayant pas voulu lui faire du mal.

b.c. Le conseil de A_____ a fourni une liste de questions qui ont été posées à D_____ lors de son audition par commission rogatoire au Canada. Confronté aux déclarations faites par la plaignante devant les autorités canadiennes, A_____ a indiqué que cela ne s'était pas passé comme elle le disait.

c.a. A_____ est né le _____ 1991 au Bénin. Il est célibataire et sans enfant. Il déclare avoir dû quitter son pays d'origine en 2001 ou 2002 après que son oncle ait tué son père et ait voulu s'en prendre à lui. Il est arrivé en Suisse en 2009 après avoir voyagé par le Mali, l'Algérie, le Maroc et l'Espagne.

c.b. Il ressort de différentes informations obtenues auprès du Service d'Etat aux migrations (SEM) et de l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM), les éléments pertinents suivants s'agissant de la situation administrative de A_____ :

- le 5 juillet 2009, il a déposé une demande d'asile en Suisse, frappée d'une décision de non-entrée en matière au sens de l'art. 34 al. 2 let. d aLAsi, le 9 mars 2010. A la suite de cette décision, A_____ a été renvoyé en Espagne le 7 mai 2010 ;

- le 10 octobre 2010, après être revenu en Suisse, il a déposé une nouvelle demande d'asile en Suisse, à nouveau frappée d'une décision de non-entrée en matière au sens de l'art. 34 al. 2 let. d aLAsi (ou 31a al. 1 let. b LAsi selon le SEM) le 5 mai 2011. A la suite de cette décision, A_____ a disparu le 17 juin 2011 et s'est soustrait à son renvoi en Espagne, vivant selon l'OCPM "*dans la clandestinité et sans statut légal depuis cette date*" ;

- le 27 novembre 2020, suite à sa sortie de détention, sa procédure d'asile a été réouverte. Le délai pour effectuer son transfert en Espagne étant échu, la responsabilité pour l'examen de la demande d'asile passait ainsi à la Suisse, conformément à l'art. 29 du Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil (Règlement Dublin). Selon un courrier du SEM du 27 novembre 2020, la décision de non-entrée en matière du 5 mai 2011 avait, partant, été annulée et la procédure d'asile en Suisse réouverte. Elle a toutefois été rejetée par décision du 23 mars 2021 et un recours est actuellement pendant devant le Tribunal administratif fédéral.

c.c. A_____ a reconnu avoir séjourné en Suisse sans les autorisations nécessaires, précisant qu'il était malade et soigné en Suisse. Il avait été, d'après lui, autorisé à rester jusqu'en 2013, puis était ensuite parti pour revenir en 2014. Il vivait depuis lors en Suisse. Il n'avait pas réactivé sa demande d'asile ou pris des renseignements concernant son statut depuis cette date car son état de santé était le plus important. Comme il avait vu qu'il pouvait être soigné, il ne s'était pas inquiété d'autre chose. A sa sortie de prison en 2020, il avait reçu un nouveau permis N, un logement dans un foyer d'Etat, ainsi que des subsides de l'Hospice général.

Avant son interpellation, il logeait chez un ami et travaillait pour un autre ami qui lui donnait un peu d'argent. Il n'avait pas de formation, ayant suivi seulement quelques années d'école obligatoire au Bénin. Il a varié dans ses déclarations s'agissant de sa situation familiale, indiquant devant la police que le reste de sa famille vivait au Bénin, devant le MP quelques mois plus tard que sa mère et sa sœur se trouvaient en Afrique, puis, quelques semaines après devant le TP, que ses parents étaient décédés et qu'il ignorait ou était sa famille.

Il a indiqué suivre une formation de peintre en bâtiment, actuellement suspendue en raison de la pandémie. Il souhaitait ultérieurement pouvoir travailler dans ce domaine. Il suivait également des cours pour s'améliorer en français. Il avait des amis et des connaissances en Suisse et n'avait plus de lien avec le Bénin, pays dans lequel il avait peur de retourner.

c.d. A_____ souffre d'une hépatite B chronique. Il ressort d'un certificat médical du 24 juillet 2020 et d'un rapport médical du 9 mars 2021 établis par les HUG les éléments pertinents suivants, s'agissant de sa maladie.

L'hépatite B chronique avait été diagnostiquée en 2014. Le bilan alors réalisé avait conclu à une absence de fibrose du foie. Une surveillance biannuelle des marqueurs hépatiques ainsi que des échographies régulières étaient alors préconisées. A_____ avait été suivi de manière régulière depuis le début de son incarcération, notamment pour des tests hépatiques et de la virémie. Son dernier contrôle ne montrait pas de perturbation des tests hépatiques ainsi qu'une virémie stable. Il avait rencontré des gastro-entérologues en novembre 2019 qui n'avaient pas retenu d'indication en faveur d'un traitement.

L'évolution de son hépatite B était actuellement bonne sous contrôle biologique et par échographie aux six mois. Aucune douleur ou trouble n'avait été annoncé lors de sa dernière consultation, le 22 janvier 2021. A_____ ne bénéficiait à ce jour d'aucun traitement antiviral, l'infection restant relativement stable et la ponction du foie ne montrant pas d'anomalie. Il était possible qu'il doive, à un moment, débuter un traitement antiviral si la virémie venait à augmenter. Un contrôle médical clinique était nécessaire deux à trois fois par année ainsi qu'un contrôle biologique à la même fréquence, avec mesure de la virémie et des paramètres biologiques de la fonction du foie, afin de s'assurer de l'absence de dommage par le virus sur cet organe. Le pronostic sans traitement était impossible à prévoir. Si l'hépatite devenait plus active et que la charge virale s'élevait, sans traitement antiviral, l'atteinte sur l'architecture du foie deviendrait inévitable et il existait alors un risque majeur d'évolution vers un cancer du foie. Le pronostic sous traitement serait excellent mais allait de pair avec un contrôle biologique et échographique accru. L'accès aux soins dans le pays d'origine de A_____ n'était pas garanti, aléatoire et vraisemblablement coûteux. Cet accès était encore plus complexe en-dehors des centres urbains. L'intéressé rencontrerait des difficultés à se procurer un traitement antiviral si celui-ci devenait obligatoire. Le renvoi de A_____ dans son pays d'origine engendrerait au surplus un important phénomène d'acculturation, dès lors qu'il vivait en Suisse depuis 2009. Son intégration serait ainsi nettement compromise.

c.e. A_____ a été interpellé le 9 mai 2020 et incarcéré jusqu'au 30 décembre 2020.

A teneur de son casier judiciaire suisse, il a été condamné à une reprise, le 7 avril 2011, à une peine pécuniaire de 120 jours-amende à CHF 30.- l'unité, avec sursis, pour délit à la loi sur les stupéfiants.

C. **a.a.** Devant la CPAR, A_____ persiste, par la voix de son conseil, dans les conclusions de sa déclaration d'appel.

La procédure était fondée sur les seules déclarations divergentes des parties, dont la crédibilité devait, partant, être examinée.

Lui-même n'avait jamais nié les actes d'ordre sexuels entretenus avec la plaignante. Ses déclarations avaient été constantes depuis le début de la procédure, les quelques divergences mineures pouvant s'expliquer par l'écoulement du temps entre ses différentes auditions. En outre, il avait toujours déclaré que la plaignante parlait anglais ce qu'il n'aurait pas pu deviner s'il n'avait pas discuté plusieurs minutes avec elle avant les faits.

Les déclarations de la plaignante étaient, quant à elle, plutôt floues. Elle ne se souvenait pas de la quantité d'alcool qu'elle avait ingérée, de l'endroit où elle s'était retrouvée et avait d'abord indiqué que le pénis de l'individu qu'elle avait rencontré était blanc. Elle était parvenue à s'orienter dans une ville qu'elle ne connaissait pas, à trouver un arrêt de bus, puis l'appartement de sa sœur, ce qui démontrait qu'elle n'était en tous cas pas fortement alcoolisée au moment des faits. La police n'avait au surplus pas relevé son taux d'alcoolémie. Enfin, aucune trace de vomissure n'avait été trouvée sur les lieux, alors que la plaignante avait déclaré s'être rendue dans la cour pour ce faire. Aucune preuve matérielle ne venait confirmer que la plaignante était incapable de discernement ou de résistance au moment des faits. Dès lors, c'était sa version qui devait être retenue.

Quand bien même la plaignante aurait été incapable de discernement ou de résistance, il ne pouvait être retenu qu'il avait sciemment exploité son état. Il n'avait pas passé la soirée avec elle et ne pouvait donc savoir quelle quantité d'alcool elle avait bu. Il avait également discuté plusieurs minutes avec elle à l'arrêt de bus avant les faits, de sorte qu'il ne pouvait pas se rendre compte de son éventuelle incapacité, d'autant plus qu'il était lui-même aussi sous l'influence de l'alcool.

Il contestait l'infraction de séjour illégal retenue à son encontre, dès lors que sa procédure d'asile était toujours en cours. L'ordonnance de non-entrée en matière rendue par le SEM en 2011 avait été annulée et il était en droit de rester en Suisse jusqu'à l'issue de la nouvelle procédure, le recours qu'il avait déposé ayant un effet suspensif.

Il devait, enfin, être renoncé à son expulsion, même en cas de condamnation. Il vivait en Suisse depuis 11 ans et n'avait pas d'antécédent spécifique. Il avait tissé des liens avec son pays d'accueil et y suivait des cours. Sa situation familiale était difficile, son père ayant été assassiné. Il n'avait plus aucun lien avec le Bénin et un retour dans ce pays serait dangereux, en raison des guerres menées entre clans. L'intérêt public à son expulsion était nul, dès lors qu'il avait le droit de résider en Suisse. Son état de santé ne permettait en outre pas un renvoi, son pronostic en cas d'absence de traitement étant impossible à prévoir. Le dernier rapport médical des HUG s'opposait par ailleurs à une expulsion également du point de vue du phénomène d'acculturation relevé.

a.b. Au cours de la procédure d'appel, A_____ a déposé des "*conclusions civiles*" – déjà déposées devant le TP –, sollicitant l'octroi d'une indemnité de CHF 33'000.- pour 165 jours de détention subis à tort ainsi qu'un montant de CHF 4'000.- à titre de tort moral, en raison de sa longue détention "*ainsi que des faits qui lui ont été reprochés*".

b. Le Ministère public (MP) conclut au rejet de l'appel.

c. Un avis d'audience a été transmis à l'Office fédéral de la justice pour notification à D_____, au Canada. Par courrier du 15 avril 2021, le Ministère de la Justice du Canada a informé les autorités suisses du fait que l'avis d'audience n'avait pu être communiqué à la plaignante, celle-ci ayant déménagé et les autorités policières n'étant pas parvenues à la localiser.

D_____ a ensuite été citée à comparaître personnellement devant la CPAR par avis à la Feuille d'avis officielle. Celle-ci ne s'est cependant pas présentée aux débats d'appel.

E. M^e^ C_____, défenseur d'office de A_____, dépose un état de frais pour la procédure d'appel, facturant, sous des libellés divers, 39 heures et 30 minutes d'activité de chef d'étude, hors débats d'appel, lesquels ont duré une heure et 20 minutes, dont 15 heures et 30 minutes pour la rédaction d'une déclaration d'appel de 14 pages, 30 minutes pour la rédaction de l'annonce d'appel, une heure pour la rédaction de "*conclusions civiles chiffrées*" et quatre heures pour la préparation de l'audience.

EN DROIT :

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 inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

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 1er 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'inaptitude 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 1er 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*, 2ème éd., Bâle 2017, N 21 *ad* art. 191).

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.

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*, 3ème 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).

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.

4. **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.

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).

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).

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. FIOLKA/ 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. FIOLKA / 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 biannuels 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.

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

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 3/5èmes (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.

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.

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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/1560/2020 rendu le 22 décembre 2020 par le Tribunal de police dans la procédure P/19701/2018.

L'admet partiellement.

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

Déclare A_____ coupable d'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP) et de séjour illégal (art. 115 al. 1 let b LEI).

Condamne A_____ à une peine privative de liberté de huit mois, sous déduction de 236 jours de détention avant jugement.

Met A_____ au bénéfice du sursis et fixe la durée du délai d'épreuve à trois ans.

Avertit A_____ que s'il devait commettre de nouvelles infractions durant le délai d'épreuve, le sursis pourrait être révoqué et la peine suspendue exécutée, cela sans préjudice d'une nouvelle peine.

Ordonne l'expulsion de Suisse de A_____ pour une durée de cinq ans.

Dit que la peine prononcée avec sursis n'empêche pas l'exécution de l'expulsion durant le délai d'épreuve.

Rejette les conclusions en indemnisation de A_____.

Ordonne la restitution à A_____ du téléphone portable [de la marque] F_____ figurant sous ch. 1 et de l'argent figurant sous ch. 2 de l'inventaire n° 2_____ du 9 mai 2020, sous réserve des sommes déjà libérées.

Ordonne la restitution à D_____ du vêtement figurant sous ch. 1 de l'inventaire n° 3_____ du 22 juillet 2018.

Prend acte de ce que le Tribunal de police a fixé à CHF 10'956,65 l'indemnité de procédure due à M^e^ C_____, défenseur d'office de A_____, pour la procédure de première instance.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de première instance à raison de CHF 2'959.35 et laisse le solde à la charge de l'Etat.

Fixe l'émolument complémentaire de jugement à CHF 600.- et condamne A_____ à payer à l'Etat de Genève cet émolument à raison des 3/5èmes (art. 9 al. 2 RTFMP), le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

Arrête les frais de la procédure d'appel à CHF 1'735.-, lesquels comprennent un émolument de CHF 1'500.-, met 3/5èmes de ces frais à la charge de A_____ et laisse le solde à la charge de l'Etat.

Arrête à CHF 4'096.30, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de Me C_____, défenseur d'office de A_____, pour la procédure d'appel.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, au Tribunal de police, au Secrétariat d'Etat aux migrations et à l'Office cantonal de la population et des migrations.

La greffière :	Le président :
Melina CHODYNIECKI	Vincent FOURNIER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF), par-devant le Tribunal fédéral (1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière pénale, sous la réserve qui suit.

Dans la mesure où il a trait à l'indemnité de l'avocat désigné d'office ou du conseil juridique gratuit pour la procédure d'appel, et conformément aux art. 135 al. 3 let. b CPP et 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP), le présent arrêt peut être porté dans les dix jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 39 al. 1 LOAP, art. 396 al. 1 CPP) par-devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (6501 Bellinzone).

ETAT DE FRAIS

COUR DE JUSTICE

Selon les art. 4 et 14 du règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E 4 10.03).

Total des frais de procédure du Tribunal de police :	CHF	3'729.00
Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision		
Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c)	CHF	00.00
Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i)	CHF	80.00
Procès-verbal (let. f)	CHF	80.00
Etat de frais	CHF	75.00
Emolument de décision	CHF	1'500.00
Total des frais de la procédure d'appel :	CHF	1'735.00
Total général (première instance + appel) :	**CHF**	**5'464.00**