REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/4894/2018 **AARP/17/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 26 janvier 2021

Entre

A_____, domicilié c/o M. B_____, _____, Genève, comparant par M^e^ C_____, avocate, _____, _____, Genève,

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

appelants,

contre le jugement JTCO/71/2020 rendu le 5 juin 2020 par le Tribunal correctionnel,

et

E_____, comparant par M^e^ F_____, avocat, _____, Genève,

intimée.

Siégeant : Monsieur Pierre BUNGENER, président ; Mesdames Gaëlle VAN HOVE et Catherine GAVIN, juges ; Madame Sophie SCHNEITER, greffière-juriste délibérante.

EN FAIT :

A. **a.** En temps utile, A_____ appelle du jugement JTCO/71/2020 du 5 juin 2020, par lequel le Tribunal correctionnel (TCO) l'a reconnu coupable d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 du Code pénal suisse [CP]), d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (art. 118 al. 1 LEI), de séjour illégal et d'activité lucrative sans autorisation (art. 115 al. 1 let. b et c LEI) et l'a condamné à une peine privative de liberté de 30 mois, comprenant une peine privative de liberté ferme de six mois, sous déduction de 123 jours de détention avant jugement, et un sursis partiel pour le solde avec délai d'épreuve de 4 ans, ainsi qu'à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 70.- le jour, sursis de quatre ans également, peine partiellement complémentaire avec celle prononcée par le Ministère public (MP) le 18 février 2016, dont le sursis n'a pas été révoqué.

Les premiers juges ont également prononcé son expulsion de Suisse pour une durée de sept ans.

A_____ entreprend partiellement ce jugement, concluant à son acquittement du chef d'accusation d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, au prononcé d'une peine n'excédant pas 123 unités pénales, à ce qu'il soit renoncé à prononcer son expulsion et à ce que les frais de la procédure soient mis à la charge de l'Etat.

b. Selon l'acte d'accusation du 8 avril 2020, il est encore reproché à A_____ d'avoir, dans la nuit du 17 au 18 mai 2017, à son domicile genevois, contraint E_____ a subir une pénétration vaginale, profitant de l'état d'ivresse avancé de celle-ci l'ayant mise hors d'état de résister et usant de sa force physique ; alternativement, d'avoir profité du fait que E_____ était totalement ivre au point de perdre connaissance, ce qu'il avait constaté, pour lui faire subir une pénétration vaginale.

Il ne conteste plus les faits suivants :

- entre fin 2007 et le _____ 2016, il a séjourné et régulièrement travaillé en Suisse, en particulier à Genève, alors qu'il était démuni d'autorisation et de titre de séjour ;

- le _____ 2016, à D_____ [, il a célébré un mariage fictif avec G_____ en lui versant CHF 7'000.- et en s'engageant à lui verser régulièrement de l'argent, soit CHF 300.- par mois entre décembre 2016 et décembre 2018, obtenant ainsi un permis de séjour délivré le 8 août 2017 en induisant en erreur les autorités suisses.

c. Le MP entreprend partiellement le jugement JTCO/71/2020 du 5 juin 2020, concluant à la condamnation de A_____ à une peine privative de liberté de quatre ans et à la confirmation du jugement pour le surplus.

Il conclut également au rejet de l'appel de A_____.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a.a. Dans sa plainte pénale du 14 février 2018 (A-1), E_____ explique s'être rendue au Q_____ en compagnie d'amis, après avoir bu du rosé aux R_____, dans la nuit du 17 au 18 mai 2017. Sur place, ils avaient bu deux kamikases à trois et avaient été invités à la table d'un groupe d'hommes par une connaissance de soirées. Elle avait alors bu un verre de "*vodka avec un mélange*" que lui avait servi un des hommes. A_____, qu'elle ne connaissait alors pas, était venu s'asseoir à ses côtés pour discuter, puis s'était montré plus insistant en voulant danser avec elle. Elle avait refusé et avait dû lui dire à plusieurs reprises qu'elle n'était pas intéressée, puis se montrer plus ferme en le repoussant à deux mains, ce dernier se montrant très insistant, essayant de passer sa main autour de ses épaules (A-2 et PV audience de jugement p. 13). Ils avaient ensuite changé d'établissement et elle ne se souvenait plus de ce qu'il s'était passé par la suite, jusqu'à ce qu'elle reprenne connaissance dans un lit, nue avec l'intéressé se trouvant au-dessus d'elle et la pénétrant vaginalement. Elle l'avait de suite repoussé avec sa main gauche et placé sa main droite devant elle, de sorte qu'il n'avait eu d'autre choix que de s'arrêter (E-23). Elle avait annoncé qu'elle devait partir. A_____ avait eu l'air surpris et perdu et lui avait dit de rester. Elle avait prétexté un besoin de se rendre aux toilettes où elle avait programmé une alarme sur son téléphone (A-3 et PV audience de jugement p. 14). Elle était revenue près du lit pour se rhabiller et, lorsque son téléphone avait sonné, elle avait inventé un appel de son père justifiant son départ immédiat. Elle avait quitté l'appartement le plus vite possible et le précité n'avait pas cherché à la suivre (A-3). Le jour même, elle avait téléphoné à son amie H_____ qui se trouvait avec elle durant la soirée précédente. Cette dernière lui avait indiqué qu'elle avait voulu partir avec A_____ qui la soutenait car elle ne pouvait plus tenir debout. Son amie avait précisé s'être sentie perdue ne l'ayant jamais vue dans cet état, qu'elle était méconnaissable et ne savait pas si elle était consciente de ce qu'elle faisait. H_____ a encore précisé qu'elle n'était pas elle-même, qu'elle était agressive, lui ayant dit "*si tu ne me laisses pas partir avec ce mec, je t'éclate la gueule*" (A-4 et PV audience de jugement p. 14). Dans la journée, E_____ s'était rendue à la maternité afin de voir un gynécologue et un médecin légiste. Le rapport sexuel ayant été non protégé, elle avait suivi une trithérapie sur un mois. Elle avait tardé à déposer plainte car elle ne se sentait pas prête auparavant et y parvenait aujourd'hui grâce au travail effectué avec sa psychologue (A-6 et PV audience de jugement p. 13). Son amie H_____ lui avait expliqué avoir croisé son agresseur un mois plus tard. Celui-ci avait abordé cette dernière pour lui dire qu'il l'avait effectivement ramenée "*chez lui*" cette nuit-là, mais

qu'il ne lui avait "*rien fait*" et qu'il ne faudrait pas la croire si elle prétendait le contraire (A-5).

a.b. Le 18 mai 2017, E_____ s'est rendue aux urgences afin d'effectuer un constat d'agression sexuelle. Elle y a expliqué les mêmes faits que ceux relatés à la police par la suite. Elle a précisé que l'amie présente avec elle lui avait ultérieurement rapporté qu'elle était venue lui expliquer durant la soirée qu'il y avait un problème et qu'on l'avait probablement droguée. Cette amie lui avait également dit qu'elle s'était montrée agressive et avait beaucoup insisté pour rentrer en compagnie d'un homme. Lorsqu'elle avait repris connaissance le matin alors que son agresseur se trouvait sur elle, elle avait tenté de repousser son sexe avec sa main, mais celui-ci avait tout de même essayé de la pénétrer de force. Pour partir, elle l'avait "*joué sympa*" car elle avait le sentiment que l'homme pourrait être violent avec elle et l'empêcher de s'en aller (A-11).

Son examen médical n'a pas mis en évidence de lésions traumatiques au niveau de la vulve, du vagin et de l'anus, et l'examen des sécrétions vaginales n'a pas révélé la présence de spermatozoïdes macroscopiquement visibles (A-13 et 14).

a.c. L'analyse des différents frottis exercés sur E_____ n'a mis en évidence ni éjaculat (PSA) ni spermatozoïde (B-43).

L'analyse des prélèvements sous-unguéaux de la main droite de la précitée a permis de mettre en évidence l'ADN de A_____ (B-54) avec un rapport de vraisemblance de l'ordre de 7'000.

Le profil ADN de A_____ est également compatible avec les traces exploitables trouvées sur la partie extérieure des bonnets du soutien-gorge de E_____ et sur le système de fermeture de celui-ci (avec un taux de vraisemblance de l'ordre de 2 millions) (B-68) ainsi que sur le string de la précitée (B-69 et 70).

La présence d'éjaculat a encore été observée sur le string de E_____, dont l'analyse a mis en évidence un profil Y partiel correspondant à celui de A_____ dans le même rapport de proportion que celui relevé pour les sous-unguéaux de sa main droite (B-69 et 70).

b. Durant la procédure, A_____ a d'emblée contesté connaître E_____, précisant ne pas se souvenir de ce qu'il avait fait lors de la soirée du 16 au 17 mai 2017 (B-8). Après mention par la police des éléments contextuels de la plainte de E_____, il a fermement contesté les faits reprochés (B-9), admettant cependant avoir ramené, à une reprise, une jeune femme blonde chez lui, lui avoir fait à manger avant qu'elle ne parte et sans qu'il ne se passe rien de sexuel entre eux (B-10).

Entendu par le MP en décembre 2019, il a expliqué avoir passé la soirée au Q_____, puis au S_____ en compagnie de E_____ et de H_____, notamment (E19). En quittant le S_____, il avait rencontré E_____ qui ne se sentait pas bien et n'était pas dans un état normal, au point qu'il avait pensé que celle-ci avait consommé de la drogue (E-19). Lui–même n'avait pas trop bu. Il avait commandé un taxi pour la jeune femme, mais aucun véhicule n'était jamais venu et, lorsqu'il avait indiqué devoir rentrer chez lui, E_____ avait voulu venir avec lui, ce qu'il avait accepté (E-19). Il a précisé par la suite avoir appelé le taxi alors qu'ils se trouvaient en bas de chez lui (E-30). Il leur avait fallu environ 15 minutes pour faire le trajet du S_____ à son domicile (E-31). Il lui avait préparé à manger, espérant qu'elle se sentirait mieux ensuite (E-19 et 23). Après le repas, E_____ lui avait demandé s'il avait de la cocaïne; il lui avait alors demandé de partir, ce que celle-ci avait refusé de faire et était allée dans son lit (E-19 et E-20). Il lui avait de nouveau demandé de partir, ce que la précitée avait finalement fait (E-20). Il a encore indiqué qu'à aucun moment, E_____ ne s'était retrouvée déshabillée dans son lit ou son appartement et a contesté avoir flirté avec celle-ci, l'avoir touchée sous ses vêtements ou avoir eu un rapport sexuel, précisant qu'il n'avait eu aucune mauvaise intention à son encontre (E-20 et E-21).

Confronté au fait que son ADN ait été retrouvé sur le soutien-gorge de la victime, il a persisté à dire qu'il n'avait rien fait, précisant qu'il n'avait lui-même pas trop bu (E-21). Lorsqu'il lui a été indiqué que son ADN avait également été retrouvé sur la culotte de E_____, il a expliqué que celle-ci était entrée dans son lit sans sa permission et qu'il avait dû la faire sortir. Lors de la même audition, il a concédé qu'E_____ avait en réalité enlevé son t-shirt et était restée en soutien-gorge pour se coucher dans son lit. Il a contesté avoir eu un rapport sexuel avec elle (E-21 et E-22), indiquant encore ultérieurement qu'il n'avait pas le souvenir d'avoir vu E_____ nue dans son appartement (E-30).

Lors de l'audience de jugement, A_____ a déclaré vouloir dire la vérité en expliquant qu'il avait eu peur et honte auparavant face à ces accusations "*très fortes*". Il avait effectivement passé la soirée avec E_____, puis ils avaient quitté les lieux ensemble et arrivés au pied de son immeuble, il avait tenté de la faire rentrer chez elle en taxi, mais le véhicule n'arrivant pas et celle-ci voulant venir chez lui, il n'avait pas refusé. Il avait préparé à manger à E_____ qui l'avait alors enlacé par la taille, puis après le repas, la précitée l'avait embrassé dans le cou. Ils étaient alors allés sur le canapé où ils avaient enlevé leurs hauts puis dans le lit et s'étaient retrouvés nus et s'étaient frottés l'un contre l'autre sans qu'il n'y ait de pénétration. Par frottements, il fallait entendre que "[son] *pénis avait certainement frotté son vagin*". Après quelques minutes, elle avait levé la main en lui disant qu'elle ne voulait pas, ce qui l'avait surpris. Il lui avait demandé de rester mais sans la forcer. Elle avait demandé à utiliser la salle de bain puis elle avait dû partir précipitamment pour voir son père (PV audience de jugement p. 3 à 5). Les deux intéressés étaient alcoolisés mais ils arrivaient à marcher et il n'avait pas remarqué que la précitée se trouvait dans un état

tel que décrit par son amie H_____ (PV audience de jugement p. 6). L'attitude de la plaignante sur le canapé était "*normale*" et, lorsqu'ils étaient dans le lit, il n'avait pas vu de changement (PV audience de jugement p. 7). Il n'avait eu aucun doute sur le consentement de cette dernière (PV audience de jugement p. 8).

c. H_____ connaissait E_____ depuis environ cinq ans au moment des faits, mais la voyait surtout en soirée. Elles ne se côtoyaient plus depuis environ novembre 2017 en raison d'un différend. La précitée avait pour habitude de beaucoup boire en ces occasions, soit environ cinq verres d'alcool fort en sus de la bière et du rosé. E_____ avait, selon elle, une relation malsaine avec les hommes, avec qui elle était joueuse, mais elle ne couchait qu'avec des hommes qu'elle connaissait au préalable. Dans la nuit du 17 au 18 mai 2017, après un passage aux R_____ où elles avaient certainement bu du rosé, elle s'était rendue au Q_____ avec E_____, où elles avaient bu un kamikase – cocktail à base de vodka – chacune. Vers 3h30, elles s'étaient rendues au S_____, où elles avaient été invitées dans le carré VIP par un groupe d'hommes qu'elle ne connaissait pas. Les deux amies, fortement alcoolisées, avaient dansé ensemble mais pas avec des hommes. Vers 05h00, elles étaient sorties de l'établissement et elle se souvenait qu'un homme, présent parmi ceux les ayant invités à leur table, avait proposé à E_____ de la raccompagner et elle les avait vus partir à pied. Quelques heures plus tard, E_____ lui avait téléphoné lui reprochant de l'avoir laissée partir avec cet homme avec qui "*il s'était passé quelque chose*" sans qu'elle soit consentante. Elle avait vu E_____ quelques jours plus tard qui lui avait expliqué avoir été violée par cet inconnu et n'avoir rien dit à son petit ami. Elle lui avait conseillé de porter plainte, mais la précitée avait peur de représailles (B-18 et ss).

Devant le MP, elle a indiqué ne pas se souvenir d'avoir parlé de viol avec E_____ (E-27). Durant la soirée, elle n'avait pas vu A_____ faire des avances à cette dernière (E-29). Lorsqu'elle les avait vus partir ensemble, E_____ était dans un état second et titubait. Elle ne se souvenait pas d'avoir parlé à A_____ un mois après les faits, mais l'avait rencontré environ six mois plus tard au M_____ et il lui avait exposé sa version, soit qu'il n'y avait pas eu de rapport sexuel. Ils avaient également eu un contact via Messenger en décembre 2019 (E- 27 et 28). E_____ lui avait déjà parlé de pertes de conscience qu'elle avait pu subir suite à des prises excessives d'alcool (E-29).

d. Il ressort des échanges de messages T_____ [application messagerie] entre E_____ et H_____ que, le 18 mai 2017 à 18h37, la première a écrit à la seconde "*il sait pas pour le viol*" (bordereau de pièces du 4 juin 2020 déposé devant le TCO par A_____, pièce 1 p. 1115).

e.a. Concernant l'infraction à l'art. 118 al. 1 LEI, A_____ a, devant la police, contesté avoir contracté un mariage fictif avec G_____ (D-547), se rétractant

rapidement (D-548), en expliquant qu'il avait fait un faux mariage et qu'il avait versé CHF 7'000.- à la précitée, puis CHF 300.- par mois dès la date du mariage (D-548). Devant le MP et en audience de jugement, il est toutefois revenu sur ses aveux expliquant qu'il avait contracté un vrai mariage d'amour avec G_____, lui avait offert CHF 7'000.- pour qu'elle fasse du shopping et lui donnait régulièrement de l'argent à sa demande (E-2 et 11). Il a ensuite précisé qu'environ une année après le mariage, il avait appris qu'elle l'avait trompé (E-3), admettant encore ne jamais avoir vécu avec G_____ (E-9) et expliquant qu'il n'avait pas divorcé car il avait décidé de l'attendre ayant de réels sentiments amoureux pour elle (E-9 et 13). Il a persisté à contester les faits qui lui étaient reprochés durant toute la procédure, malgré les déclarations de G_____, admettant qu'ils avaient conclu un mariage fictif pour que A_____ obtienne une autorisation de séjour en Suisse (D-560 et E-6).

e.b. S'agissant des infractions à l'art. 115 al. 1 let. b et c LEI, A_____ a reconnu avoir vécu (D-547) et travaillé illégalement en Suisse entre 2007 et le 21 novembre 2016 et n'avoir pas quitté le pays durant cette période (D-550, E-3, PV audience de jugement p. 8).

Il est établi que A_____ a séjourné en Suisse, sans autorisation, à tout le moins entre avril 2010, date du rejet par le Tribunal fédéral de son recours (D-254 et ss), et son mariage le _____ 2016. Le prévenu était recherché par les autorités fribourgeoises depuis le 15 septembre 2009, ce qui ressort de la parution RIPOL y relative (D-165) et a fait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse valable du 7 juin 2011 au 6 juin 2014 (D-236 à 237). Pendant cette période, A_____ a travaillé pour divers employeurs, à temps plein ou partiel (D-131, D-159, D-172, E-2 et 3.

f. Suite aux ordonnances du Tribunal des mesures de contrainte des 24 décembre 2018 et 30 mars 2020, A_____ a été soumis à diverses mesures de substitution (dépôt de sûretés à deux reprises, remise du passeport turc, obligation d'un travail régulier, interdiction d'entretenir des relations avec certaines personnes [d'abord la belle-famille de son mariage fictif, successivement avec les personnes concernées par la procédure ouverte suite à la plainte de E_____], une obligation de résider chez une personne précise, l'interdiction de quitter le Canton de Genève et l'obligation de se présenter hebdomadairement au poste de police de l'aéroport, ces deux dernières mesures étant prononcées pour une période courant du 30 mars au 5 juin 2020, date du jugement, le TCO les ayant levées).

g. Pour le surplus, la CPAR se réfère aux faits décrits dans l'acte d'accusation et retenus par le TCO, non contestés en appel (art. 82 al. 4 du Code de procédure pénale [CPP]).

C. **a.a.** Devant la CPAR, A_____ confirme ses précédentes déclarations. Il avait bien visualisé E_____ lors de son audition à la police et se souvenait avoir été dans le lit

avec celle-ci, mais comme il n'y avait pas eu de relation sexuelle et qu'il s'était agi d'un contact consenti mutuellement, il n'avait rien dit, les accusations de viol l'ayant retenu. Alors qu'ils se trouvaient au S_____, il s'était intéressé à la plaignante. De son coté, cette dernière n'avait pas cherché à le séduire. Ils étaient tous les deux ivres. L'intéressé était très fatigué et E_____ titubait, mais elle avait été en mesure de marcher lentement pour aller jusqu'à son appartement. Il l'y avait fait monter car elle était mal, mais sans avoir pour but d'entretenir un rapport sexuel avec elle. En tout, elle y était restée entre 30 et 40 minutes, en tout cas moins d'une heure. Il lui avait fait à manger et elle avait attendu dans le salon après lui avoir proposé son aide. Ils avaient peu parlé. Le repas, pris sur le canapé, avait duré une dizaine de minutes, sans échanges verbaux. A la fin de ce dernier, E_____ l'avait embrassé dans le cou, ce qui l'avait surpris. Elle était dans le même état que lorsqu'ils avaient quitté la discothèque et lui-même ne se sentait pas bien. Sans se dire un mot, ils étaient restés environ 15 minutes sur le canapé à échanger des baisers et des caresses avant de rejoindre le lit car la plaignante était "*chaude*". Il ne lui avait pas demandé si elle voulait une relation sexuelle, mais l'avait compris à son comportement. Il ne s'expliquait pas pourquoi l'attitude de E_____ avait brutalement changé, mais il avait respecté sa décision. Comme il était ivre, il ne s'était pas posé la question d'une contradiction entre le fait qu'elle se sente mal et celui qu'elle soit soudainement "*chaude*". Il y avait eu un contact entre leurs sexes, sans pénétration. Il s'excusait envers la partie plaignante. Il était "*très triste*" d'être devant la Cour et aurait préféré mourir plutôt que "*de vivre tout cela*".

a.b. Par la voix de son conseil, A_____ persiste dans ses conclusions.

Le TCO avait retenu de manière arbitraire que la partie plaignante avait eu une perte de conscience. La perte de mémoire décrite de manière constante par cette dernière correspondait à un black-out qui pouvait être causé par une prise importante d'alcool s'expliquant par un effet de l'éthanol sur l'hypophyse. Dans ces conditions, l'individu pouvait continuer à socialiser avec plus ou moins de cohérence, sans pour autant s'en souvenir par la suite, soit être conscient avec un comportement désinhibé. La perte de mémoire pouvait survenir de manière partielle ou "*en bloc*". Il ne fallait toutefois par confondre un black-out avec un coma éthylique. En l'espèce, il était indéniable que la partie plaignante avait eu un black-out mais elle n'avait pas perdu connaissance comme le retenait le TCO, ce qu'aucun élément au dossier ne permettait d'établir. La plaignante était consciente lorsqu'elle avait flirté, mais ne s'en souvenait pas. E_____ avait dénoncé les faits, confrontée à la honte ainsi qu'à la jalousie et à la possessivité de son petit ami, afin d'être une victime d'agression sexuelle et non une femme qui a trompé son compagnon. L'appelant avait fait des déclarations tardives, étant toutefois dépourvu d'avocat dans un premier temps. Face à la crainte de l'ouverture d'une procédure pénale et le stress engendré, il avait eu des déclarations insensées, voire mensongères. Son récit devant le TCO et la CPAR était toutefois cohérent et détaillé. Le TCO avait omis de prendre en considération le contexte festif et arrosé de la soirée. L'appelant n'avait aucune intention criminelle, ayant d'abord

appelé un taxi pour la plaignante qui avait demandé à se rendre chez lui et qui avait été entreprenante. L'appelant en avait ainsi déduit le consentement de cette dernière à entretenir un rapport sexuel, étant précisé qu'un black-out n'était pas reconnaissable par un tiers. Lorsque E_____ avait stoppé la relation, bien qu'étonné, il ne l'avait pas retenue, ce qui montrait qu'il était à l'écoute de la révocation du consentement de celle-ci. L'art. 191 CP requérait un état d'incapacité de discernement ou de résistance total ce qui nécessitait de déterminer si la victime était apte à percevoir le caractère attentatoire de l'acte à son intégrité sexuelle et avait pu s'y opposer (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1362/2019). En l'espèce, la plaignante était désinhibée mais non inconsciente, les conditions objectives de cette disposition n'étaient donc pas remplies. De plus, il ne pouvait y avoir d'infraction si l'auteur était convaincu, à tort, que la personne était capable de s'opposer.

a.c. A_____ a produit un chargé de pièces contenant deux articles scientifiques et leur traduction libre, desquels il ressort que l'alcool peut avoir un impact important sur le processus de stockage à long terme des souvenirs et qu'ainsi des sujets redevenus sobres peuvent avoir oublié des éléments critiques d'évènements, voire des évènements entiers. Il est alors fait état de black-out.

b.a. E_____ a confirmé ses précédentes déclarations, précisant qu'elle n'avait jamais vécu auparavant une perte de mémoire telle que durant la soirée du 17 au 18 mai 2017 et qu'elle n'en avait plus jamais vécu depuis lors.

b.b. Par la voix de son conseil, elle conclut au rejet de l'appel de A_____ et s'en rapporte à justice sur celui du MP.

Ses déclarations avaient été cohérentes. L'appelant s'était montré "*lourd*" à son égard dans la discothèque et il n'y avait aucune preuve au dossier de son appel à un taxi. H_____ n'était pas crédible lorsqu'elle indiquait au MP ne pas se souvenir que la plaignante lui avait parlé d'un viol alors, que dans un message T_____ [application messagerie] du 18 mai 2017, celle-ci lui avait écrit "*il sait pas pour le viol*". Le témoignage de la précitée crédibilisait les déclarations de la plaignante, notamment quand elle indiquait que l'appelant était venu lui dire un mois après les faits qu'il ne fallait pas croire celle-ci. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une femme désinhibée était capable de dire non, ce qui n'était pas le cas d'une femme fortement alcoolisée, comme E_____, ce qui avait été établi. Au contraire, les déclarations de l'appelant sur le déroulement de la soirée étaient invraisemblables. Le TCO avait retenu que le contexte alcoolique et festif des faits diminuait la faute du prévenu. Or, E_____ n'avait pas cessé de faire comprendre à l'auteur qu'elle n'était pas intéressée. En outre, il avait été retenu que le prévenu n'avait pas usé de violence ou de menaces, ce qui révélait une volonté criminelle plus modérée. Or, l'art. 191 CP n'exigeait pas de violence ou de menaces.

c. Le MP persiste dans ses conclusions.

La collaboration de l'appelant qui avait fortement varié dans ses déclarations et n'admettait pas les faits était catastrophique, ce qui démontrait qu'il n'y avait aucune prise de conscience, étant précisé qu'il était assisté d'un avocat lors de ses déclarations devant le MP. Le précité n'a exprimé aucun regret, aucune excuse pour la victime, se préoccupant uniquement de ce qui lui arrivait. La peine prononcée par le TCO était ainsi trop faible, ne prenant pas en compte la gravité de la faute de l'appelant.

La victime avait toujours été claire dans ses déclarations, sans user d'exagération. H_____, qui s'était fâchée avec elle, admettait ne l'avoir jamais vue dans un état tel que celui de la nuit des faits. La relation sexuelle n'était plus contestée et était établie par des éléments objectifs. L'appelant avait fait une démonstration scientifique de la différence entre un black-out et un coma éthylique. Toutefois, l'art. 191 CP ne requérait pas une telle distinction, il suffisait que la victime soit fortement alcoolisée, ce qui était établi en l'espèce (ATF 133 IV 49 consid. 7.2).

D. **a.** A_____ est né le _____ 1985 à _____, en Turquie, où il a suivi sa scolarité jusqu'à l'âge de 15 ans. Il n'a pas effectué de formation professionnelle par la suite, mais a directement commencé à travailler dans la restauration. Il est venu en Suisse en 2004 et a été au bénéfice d'un permis de séjour pour regroupement familial avant de divorcer de sa première épouse en 2010. Il a un fils de 15 ans, qui vit à Fribourg avec sa mère. Durant les cinq dernières années, il n'a vu son fils que de loin, ne voulant pas l'approcher sans autorisation de séjour. Il n'a pas non plus de contact téléphonique avec lui car celui-ci refuse de lui parler. Il est titulaire d'un permis de séjour et d'autorisations de travail depuis le _____ 2016, date de son mariage avec G_____. Il a fait une demande de renouvellement de son permis B échu, et attend la réponse des autorités. Il vient depuis une ou deux semaines (à la date de l'audience) de déposer une demande de divorce d'avec G_____, ce qu'il aurait dû faire plus tôt selon lui. Il travaille en qualité de serveur à 100% depuis le 11 mai 2020 pour la société I_____ Sàrl pour un salaire mensuel brut de CHF 3'759.-. Il verse une contribution d'entretien de CHF 688.- par mois pour son fils et a des poursuites relatives à des arriérés de contribution d'entretien à hauteur de CHF 45'000.-. Il n'a pas d'autres dettes et ne possède pas de fortune. Sa sœur aînée et ses nièces vivent en Suisse, ainsi que son oncle et un neveu. Ses parents sont en Turquie, ainsi que trois frères et deux sœurs. Il a une petite amie qui vit en France et avec laquelle il a envie de construire une nouvelle vie.

b. Il ressort du casier judiciaire suisse qu'il a été condamné le 18 février 2016, par le MP, à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 30.- l'unité, avec un sursis, pour séjour illégal (période pénale [D-103 ss] indéterminée au 12.11.2014) et activité lucrative sans autorisation (période pénale : 01.08.2014-12.11.2014).

E. **a.** M^e^ F_____, conseil juridique gratuit de E_____, dépose un état de frais pour la procédure d'appel, facturant, sous des libellés divers, six heures et dix minutes d'activité de chef d'étude, hors débats d'appel, lesquels ont duré trois heures, dont un entretien avec sa cliente le 28 mai 2020 d'une durée de deux heures, et CHF 100.- à titre de débours correspondant au déplacement à l'audience d'appel.

En première instance, l'activité taxée a été de 34h30.

b. M^e^ C_____, défenseure d'office de A_____, dépose un état de frais pour la procédure d'appel, facturant, sous des libellés divers, dix heures et 50 minutes d'activité de chef d'Etude, hors débats d'appel, dont 45 minutes d'étude du jugement motivé, dix minutes de rédaction d'actes de procédure ONEM, six heures et 45 minutes de préparation à l'audience d'appel et deux heures et 30 minutes d'étude du dossier, ainsi que CHF 100.- à titre de débours correspondant au déplacement à l'audience d'appel.

En première instance, l'activité taxée a été de 59h35.

EN DROIT :

1. Les appels sont recevables pour avoir été interjetés et motivés selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 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.** 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).

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 218 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).

En matière d'appréciation des preuves, il est admissible d'examiner le comportement des protagonistes avant et après l'acte sexuel, dès lors qu'il peut être révélateur de ce qu'ils ont effectivement vécu (arrêt du Tribunal fédéral 6B_735/2007 du 24 janvier 2008 consid. 2.2).

2.2.1. Aux termes de l'art. 191 CP, est punissable 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. Selon la jurisprudence, 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. À la différence de la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et du viol (art. 190 CP), la victime est incapable de discernement ou de résistance, non en raison d'une contrainte exercée par l'auteur, mais pour d'autres causes, comme un état mental gravement anormal, 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). Il s'agit donc uniquement de déterminer si, en raison de son état, la victime est ou non en mesure de s'opposer à un acte, soit si elle est ou non apte à en percevoir le caractère attentatoire à son intégrité sexuelle et, dans l'affirmative, si son état lui permet de s'y opposer (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1362/2015 du 11 mars 2020 consid. 3.1).

L'exigence jurisprudentielle d'une incapacité de résistance ou de discernement "totale" ne recouvre pas exclusivement des états de perte de conscience complète mais délimite les situations visées par l'art. 191 CP de celles dans lesquelles, par exemple en raison de l'alcoolisation de la victime, celle-ci est simplement désinhibée. Une incapacité de résistance peut être retenue lorsqu'une personne, sous l'effet de

l'alcool et de fatigue ne peut pas ou que faiblement s'opposer aux actes entrepris (Herabsetzung der Hemmschwelle ; ATF 133 IV 49 consid. 7.2 p. 56 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_238/2019 du 16 avril 2019 consid. 2.1).

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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_996/2017 du 11 juin 2018 consid. 1.1). 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 et les références).

2.2.2. En l'espèce, il est constant, établi et non contesté, que des contacts directs entre le sexe de la partie plaignante et celui de l'appelant sont intervenus, dans un contexte d'excitation sexuelle pour ce dernier dès lors que des traces d'éjaculat ont été trouvées sur le string de E_____.

Il n'apparaît pas nécessaire de trancher si une pénétration plus ou moins profonde est intervenue, les deux parties ayant des versions différentes, dans la mesure où il s'agit incontestablement d'actes d'ordre sexuel, A_____ concédant qu'alors qu'il était sur la partie plaignante, son pénis, manifestement en érection, a été en contact avec son vagin, ce qui implique dès lors plus qu'un frottement de son sexe contre le pubis de E_____, dont l'état d'alcoolisation, alors qu'elle en émergeait, a pu influer sur sa perception, d'autant plus qu'elle l'a immédiatement repoussé et placé sa main de façon à stopper son action.

Les déclarations de l'intimée sont constantes, nuancées et détaillées, bien qu'une partie des événements lui ait échappé en raison de son alcoolisation. Dès le début de la procédure, elle a exposé sans divergences majeures et avec précision le déroulement des faits, s'abstenant d'accabler davantage l'appelant en ne décrivant par exemple pas avoir fait l'objet de menace ou de violence. Elle s'est rendue quelques heures après les faits à l'hôpital pour être examinée. Elle n'a certes porté plainte que neuf mois plus tard, mais l'a expliqué par le fait qu'elle ne se sentait pas prête et n'y parvenait que grâce à un travail effectué avec sa psychologue, ce qui est une explication crédible. La victime n'avait aucun bénéfice apparent à retirer d'une fausse dénonciation. Elle ne connaissait pas l'appelant avant la soirée et les risques judiciaires de fausses déclarations, précisément la lourdeur d'une procédure, peuvent écarter l'idée d'un dépôt de plainte injustifié. Ses déclarations devant les autorités sont pour le surplus compatibles avec les éléments objectifs du dossier, à savoir que de l'ADN de A_____ a été retrouvé sous ses ongles, sur la partie extérieure et la

fermeture de son soutien-gorge et également sur les traces de liquide séminal et de sperme retrouvées sur sa culotte. Le fait que E_____ ait suivi un traitement antiviral sur un mois, traitement lourd qui peut engendrer des effets secondaires pénibles, est aussi cohérent avec l'existence d'une pénétration vaginale, même si la question peut demeurer ouverte dès lors que des contacts entre les organes génitaux des parties sont établis.

A l'inverse, les déclarations de A_____ ne sont absolument pas crédibles. Il a dans un premier temps nié en bloc les faits qui lui étaient reprochés, tout en sachant parfaitement à quelle situation ils se rapportaient. Il a ensuite fait évoluer sa version des faits en fonction des éléments objectifs du dossier. Il a ainsi tenu des propos inconstants et peu convaincants, jusqu'à changer totalement de version lors de l'audience de jugement, sans donner de raison claire et plausible de ce revirement. Il sied de relever que l'appelant a nié jusqu'à l'audience de jugement un contact sexuel avec la partie plaignante, soit qu'il a menti sur un élément crucial de la procédure. Son revirement accroît en revanche la crédibilité des déclarations de E_____, puisque le prévenu a confirmé les explications de la plaignante quant au déroulement de la fin de l'épisode.

Au surplus, la version finale des faits telle que présentée par l'appelant est invraisemblable et souffre de contradictions. Ainsi, l'appelant a déclaré devant le MP ne pas avoir trop bu et être venu en aide à la partie plaignante pour finalement, devant la CPAR, situer son degré d'alcoolisation à l'égal de celle-ci. De surcroît, et devant les premiers juges, il a décalré n'avoir pas remarqué l'état de E_____ tel que décrit par H_____, alors que, sur le canapé, elle était, selon lui, dans un état normal. Devant la CPAR, l'appelant a admis que E_____ se sentait mal et titubait avant de se rendre chez lui et a précisé qu'elle était toujours dans le même état après avoir mangé. Quant à sa description d'une E_____ se transformant, soudainement, d'un état où elle ne se sentait pas bien en une fille "*chaude*" et active sexuellement dans un même continuum temporel, sans même que des paroles ne soient échangées, avant de brutalement chercher à s'éloigner de lui, elle comporte des incohérences dans la mesure où un tel comportement de la part de la partie plaignante ne s'explique pas, d'autant plus qu'il admet qu'elle n'a aucunement cherché à le séduire et que H_____ a précisé que son amie d'alors ne couchait qu'avec des hommes qu'elle connaissait au préalable. L'hypothèse d'avances sexuelles de la partie plaignante envers l'appelant, doublées d'un black-out, tel que plaidé par la défense, n'est soutenue par aucun élément du dossier, si ce n'est son alcoolisation, qui ne saurait suffire en tant que tel, au vu de ce qui précède.

L'état dans lequel se trouvait E_____ selon ses dires, à savoir qu'elle ne se souvenait de "*rien*" du moment où elle avait quitté le Q_____ à celui où elle s'était réveillée avec l'appelant au-dessus d'elle, est compatible avec les déclarations de H_____. Celle-ci a en effet décrit E_____ comme très fortement alcoolisée, dans un état second, titubant. Les déclarations de ce témoin sont corroborées par celles de

A_____ lui-même qui a décrit la plaignante comme n'étant pas bien, ne se trouvant pas dans un état normal, marchant avec peine, et mettant ainsi plus de temps que nécessaire pour se rendre chez lui, pensant même que celle-ci avait pris des drogues, avant de modérer ses propos en audience de jugement et d'appel, manifestement pour des raisons de tactique judiciaire.

L'appelant argue que la plaignante a vécu un "black-out", soit un épisode durant lequel elle était consciente de ce qu'elle faisait tout en étant désinhibée et qu'elle semblait dans un état normal aux yeux des tiers, mais qu'elle n'avait pas gardé de souvenirs des évènements. Il conteste le fait qu'elle ait été inconsciente, comme cela a été retenu par les premiers juges. Comme expliqué ci-dessus, les déclarations de la plaignante sont crédibles et son état est corroboré par les déclarations d'un témoin, étant précisé que ce dernier et la partie plaignante ne sont plus en de bons termes actuellement. Il est au demeurant conforme à l'expérience générale de la vie qu'avec un taux d'alcool justifiant les symptômes décrits, une somnolence ou une sorte d'état second intervienne, ce d'autant plus à une heure aussi tardive, l'appelant ayant lui-même déclaré que la victime n'était pas dans un état normal. Ces éléments permettent d'établir que E_____ était dans un état d'incapacité de résistance lorsqu'elle s'est trouvée dans l'appartement du prévenu. Elle n'avait certes peut-être pas perdu conscience au sens propre et n'était pas endormie, mais elle n'avait pas la capacité de saisir ce qu'il se passait et de ce que les actes de l'appelant étaient propres à porter atteinte à son intégrité sexuelle, n'étant surtout plus en mesure de s'y opposer, au moment où ils sont intervenus, en raison d'une sévère intoxication à l'alcool.

Sur le plan subjectif, il est établi, au-delà de l'invraisemblance de son récit, que l'appelant avait connaissance de l'alcoolisation excessive et, partant, de l'incapacité de résistance de l'intimée au vu des constatations qu'il a rapportées et qu'il voulait, ou à tout le moins acceptait, de profiter de cet état pour commettre des actes sexuels.

Il objecte vainement que E_____ était consentante. Selon lui, elle avait en effet voulu monter dans son appartement et avait par la suite été entreprenante. Bien qu'elle lui ait paru ivre, tout comme lui, il n'aurait pas remarqué qu'elle était dans un état tel qu'elle était incapable de discernement. Or, comme déjà expliqué, l'appelant a admis auparavant avoir vu et compris que E_____ n'était pas dans son état normal, à tel point qu'il soupçonnait même qu'elle avait pris de la drogue. Il lui a préparé à manger voyant qu'elle ne se sentait pas bien. De plus, E_____ n'avait montré aucun signe d'intéret pour lui, comme il a d'ailleurs reconnu en audience d'appel, et que la plaignante n'avait pas cherché à le séduire. Selon ses propres dires, l'intéressé n'a pas pour autant pris la moindre précaution pour s'assurer verbalement du libre consentement de l'intimée. Ainsi, en commettant malgré cela un acte d'ordre sexuel sur la plaignante, il a accepté l'éventualité que celle-ci ne puisse être en mesure de consentir valablement et, *a fortiori*, de s'opposer à celui-ci, ce dont il a profité.

Partant, le prévenu sera reconnu coupable d'infraction à l'art. 191 CP et le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

3. Le nouveau droit des sanctions apparaissant *in concreto* plus favorable à l'appelant, notamment s'agissant de la fixation d'une peine pécuniaire, il en sera fait application (art. 2 al. 2 CP).

3.1.1. 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).

La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (objektive Tatkomponente). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (subjektive Tatkomponente). À ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (Täterkomponente), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 ; 136 IV 55 consid. 5 et 134 IV 17 consid. 2.1).

3.1.2. Le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (art. 42 al. 1 CP).

Il peut aussi suspendre partiellement l'exécution 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 (art. 43 al. 1 CP). La partie à exécuter ne peut excéder la moitié de la peine (al. 2). Tant la partie suspendue que la partie à exécuter doivent être de six mois au moins (al. 3).

Pour fixer dans ce cadre la durée de la partie ferme et avec sursis de la peine, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. À titre de critère de cette appréciation, il y a lieu de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur. Le rapport entre les deux parties de la peine doit être fixé de telle manière que la probabilité d'un comportement futur de l'auteur conforme à la loi et sa culpabilité soient équitablement prises en compte. Ainsi, plus le pronostic est favorable et moins l'acte

apparaît blâmable, plus la partie de la peine assortie du sursis doit être importante. Mais en même temps, la partie ferme de la peine doit demeurer proportionnée aux divers aspects de la faute (ATF 134 IV 1 consid. 5.6).

Si le juge suspend totalement ou partiellement l'exécution d'une peine, il impartit au condamné un délai d'épreuve de deux à cinq ans (art. 44 al. 1 CP).

3.1.3. Dans le cas des peines privatives de liberté qui excèdent la limite fixée pour l'octroi du sursis (soit entre deux et trois ans), l'art. 43 CP s'applique de manière autonome. En effet, exclu dans ces cas (art. 42 al. 1 CP), le sursis complet est alors remplacé par le sursis partiel pour autant que les conditions subjectives en soient remplies. Le but de la prévention spéciale trouve alors ses limites dans les exigences de la loi qui prévoit dans ces cas qu'une partie au moins de la peine doit être exécutée en raison de la gravité de la faute commise (ATF 134 IV 1 consid. 5.5.1 p. 14).

3.1.4. Selon l'art. 49 al. 1 et 2 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine (al. 1). Si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (al. 2).

3.1.5. Selon l'art. 34 al. 1 CP, sauf disposition contraire, la peine pécuniaire est de trois jours-amende au moins et ne peut excéder 180 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur.

3.1.6. Aux termes de l'art. 41 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire : a. si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits, ou b. s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée.

3.2. En l'espèce, la faute du prévenu est lourde, celui-ci s'en étant pris à la libre détermination en matière sexuelle de l'intimée. Il a profité de l'état d'incapacité totale de résistance de cette dernière pour s'en prendre à son intégrité sexuelle, alors même qu'elle avait plus tôt dans la soirée explicitement refusé toute ses avances.

Il a agi par pur égoïsme, notamment pour assouvir ses pulsions sexuelles. Rien dans sa situation personnelle au moment des faits ne saurait expliquer ni justifier son comportement.

Concernant l'infraction à l'art. 191 CP, les actes en cause ont en outre indéniablement eu un effet sur la santé psychique de la victime qui a été suivie neuf mois par une psychologue avant d'être prête à porter plainte, même si elle admet se sentir mieux à présent. A cela s'ajoutent encore la lourdeur du traitement préventif contre le VIH et l'absence de reconnaissance des faits de la part du prévenu qui s'est toutefois arrêté quand la partie plaignante a été en mesure de s'opposer.

La période pénale est étendue s'agissant de l'infraction à la LEI et ponctuelle quant à celle à l'art. 191 CP, ce qui est cependant inhérent à ce type d'infraction.

S'agissant de l'infraction à la LEI, la volonté délictuelle du prévenu est importante car il a persisté à enfreindre la loi malgré de nombreuses années de procédure qui ont abouti à des décisions en sa défaveur, dont notamment des décisions d'expulsion ou d'interdiction d'entrée en Suisse. Ces décisions n'ont pas fait renoncer le prévenu, qui s'est réfugié dans la clandestinité, avant de persister dans sa volonté délictuelle, en concluant un mariage fictif. Si le prévenu a agi par confort personnel, il n'a cependant pas cherché pour autant à en tirer en outre un profit financier. Il n'a pas utilisé perfidement la naïveté d'autrui, et avait des raisons compréhensibles – mais non excusables – de vouloir rester en Suisse, dès lors qu'il y avait déjà vécu et travaillé légalement plusieurs années et que son fils y résidait, quand bien même les relations avec celui-ci apparaissent ténues.

La collaboration à la procédure de l'appelant doit être qualifiée de mauvaise. En effet, il n'a eu de cesse de mentir sur les deux complexes de fait, puis de modifier ses déclarations au vu des éléments de preuve amenés par les autorités. Il conteste encore une partie des faits en appel, malgré la mise en cause formelle et constante de E_____, entre autres éléments.

Il n'a fait preuve d'aucune prise de conscience, niant stérilement les infractions, en particulier s'agissant de l'art. 191 CP et de l'art. 118 LEI, malgré les éléments du dossier, et ne semblant pas percevoir la gravité des infractions commises dans le cadre de la LEI, comme en témoigne le fait qu'il n'apparaît qu'avoir très récemment tiré les conséquences de son mariage fictif.

Il ne se remet aucunement en cause et n'a montré ni empathie, ni regrets. Les excuses présentées à l'intimée durant les débats s'avèrent de pure circonstance et ne pèsent pas lourd face à ses dénégations répétées tout au long de la procédure, étant précisé que l'appelant semble plus préoccupé des conséquences de ses actes pour lui-même que pour sa victime.

A cet égard, il est souligné que la période d'environ quatre mois passée en détention préventive n'apparaît pas avoir eu d'effet sur l'appelant qui n'a pas pris conscience de la gravité de ses actes.

Le prévenu a un antécédent spécifique s'agissant de la LEI et il se trouvait encore dans le délai d'épreuve du sursis qui lui avait alors été accordé, quand bien même une partie des faits relevant de l'art. 115 al.1 LEI est antérieure à cette condamnation.

Concernant les infractions aux art. 191 CP et 118 LEI, au vu de l'importance de la culpabilité de l'appelant, seul le prononcé d'une peine privative de liberté entre en ligne de compte et apparaît suffisamment dissuasif.

Il y a concours d'infractions au sens de l'art. 49 al. 1 CP, ce qui justifie une augmentation de la peine de l'infraction la plus grave, en l'occurrence celle venant sanctionner la violation de l'art. 191 CP. Partant, la peine peut être hypothétiquement fixée à 30 mois pour réprimer cette dernière infraction, au vu des éléments énoncés ci-dessus, et doit être étendue à 36 mois pour tenir compte de l'infraction à l'art. 118 LEI (peine hypothétique d'un an ramenée à six mois).

Au vu de la gravité de la faute et de l'absence de prise de conscience, une peine privative de liberté ferme de 18 mois sera prononcée, le solde de la peine étant assorti du sursis avec un délai d'épreuve de quatre ans.

Le jugement entrepris sera réformé sur ce point.

Pour les infractions à l'art. 115 al. 1 let. b et c LEI, il n'y a pas lieu de revenir sur la peine prononcée par le TCO qui apparaît adéquate et n'est à juste titre pas contestée en appel.

4. **4.1.** Aux termes de l'art. 51 1ère phrase CP, le juge impute sur la peine la détention avant jugement subie par l'auteur dans le cadre de l'affaire qui vient d'être jugée ou d'une autre procédure. La privation de liberté à subir doit ainsi toujours être compensée, pour autant que cela soit possible, avec celle déjà subie. Selon la jurisprudence, les mesures de substitution doivent être imputées sur la peine à l'instar de la détention avant jugement subie. Afin de déterminer la durée à imputer, le juge prendra en considération l'ampleur de la limitation de la liberté personnelle découlant pour l'intéressé des mesures de substitution, en comparaison avec la privation de liberté subie lors d'une détention avant jugement. Le juge dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation important (ATF 140 IV 74 consid. 2.4 p. 79).

Selon la jurisprudence et la doctrine, tout comme les règles régissant la fixation de la peine, l'art. 51 CP doit être appliqué d'office, l'imputation étant obligatoire et inconditionnelle (arrêt du Tribunal fédéral 6B_772/2020 du 8 décembre 2020, consid. 3.2 et les références citées).

L'obligation de se présenter une fois par semaine à un poste de police, même si de manière très réduite et de façon incomparablement moins aiguë que le cas de la

détention provisoire, porte atteinte à la liberté personnelle. Une telle obligation doit être reportée, même marginalement, sur la peine privative de liberté prononcée, étant rappelé qu'une imputation de quelques jours seulement est envisageable lorsque l'atteinte à la liberté personnelle est particulièrement faible (arrêt du Tribunal fédéral 6B_906/2019 du 7 mai 2020 consid. 1.3 et les références citées).

4.2. En l'espèce, la fourniture de sûretés, la remise du passeport turc, dans la mesure où aucune demande de dérogation n'a été formulée, l'obligation d'un travail régulier, celle de loger chez L_____ et les interdictions d'entretenir des relations ne présentent, soit pas suffisamment un caractère particulier de limitation de la liberté personnelle, soit que, dès lors qu'il travaillait et résidait à Genève, l'appelant aurait, très vraisemblablement, en toutes circonstances adopté un comportement similaire même sans le prononcé de mesure de substitution, étant relevé que, dans ce contexte non plus il n'a pas formulé de demande de dérogation. En revanche, et même si de façon très limitée vu la période de quelques semaines concernée, l'interdiction de quitter le canton de Genève et l'obligation de se présenter hebdomadairement à un poste de police représentent une faible atteinte à la liberté personnelle, il en sera tenu compte de sorte qu'une durée de sept jours sera imputée sur la peine prononcée.

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, également sous la forme de tentative (ATF 144 IV 168 consid. 1.4.1), notamment en cas de condamnation pour actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistence (let. h). L'expulsion de l'appelant doit ainsi être prononcée.

5.1.2. Selon l'art. 66a al. 2 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.

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. Afin de pouvoir renoncer à une expulsion prévue par l'art. 66a al. 1 CP, il faut donc que cette mesure mette l'étranger dans une situation personnelle grave et que l'intérêt public soit de peu d'importance, c'est-à-dire que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse (ATF 144 IV 332 consid. 3.3).

5.2.1. En l'espèce, l'appelant s'est limité à contester son expulsion dans la mesure ou il plaidait son acquittement du chef d'infraction de l'art. 191 CP, mais n'a pas plaidé le cas de rigueur. Il sera relevé que l'intéressé n'a pas établi l'existence de liens

sociaux et professionnels notablement supérieurs en Suisse à ceux qui résultent d'une intégration ordinaire. Il est certes arrivé en Suisse en 2007 et y a un fils agé de 15 ans. Toutefois, il a admis n'entretenir aucune relation avec ce dernier qui refuse de lui parler. De plus, le comportement de l'appelant depuis son arrivée sur notre territoire, et en particulier dans la nuit du 17 au 18 mai 2017, démontre un manque flagrant de respect de l'ordre juridique suisse. Il n'est pas plus avéré qu'un renvoi de l'appelant dans son pays d'origine serait de nature à l'exposer à une situation personnelle grave. Surtout, son intérêt à rester en Suisse n'apparaît pas supérieur à celui de la collectivité à le renvoyer.

Au vu de la gravité de ses actes, l'expulsion pour une durée de sept ans prononcée par les premiers juges sera confirmée.

5.2.2. Il n'y a pas lieu d'étendre la mesure d'expulsion prononcée à l'ensemble de l'espace Schengen, une telle extension n'étant pas nécessaire pour garantir la sécurité publique.

6. L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État, comprenant en appel un émolument de CHF 1'500.- (art. 428 CPP).

7. **7.1.1.** 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. S'agissant d'une affaire soumise à la juridiction cantonale genevoise, l'art. 16 du règlement sur l'assistance juridique (RAJ) s'applique.

Cette dernière disposition prescrit que l'indemnité, en matière pénale, est calculée selon le tarif horaire suivant, débours de l'étude inclus : avocat stagiaire CHF 110.- (let. a) ; collaborateur CHF 150.- (let. b) ; chef d'étude CHF 200.- (let. c). En cas d'assujettissement – l'assujettissement du patron de l'avocat au statut de collaborateur n'entrant pas en considération (arrêts du Tribunal fédéral 6B_486/2013 du 16 juillet 2013 consid. 4 et 6B_638/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.7) – l'équivalent de la TVA est versé en sus.

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.

On exige de l'avocat qu'il soit expéditif et efficace dans son travail et qu'il concentre son attention sur les points essentiels. Des démarches superflues ou excessives n'ont pas à être indemnisées (M. Valticos / C. Reiser / B. Chappuis (éds), *Commentaire romand, Loi fédérale sur la libre circulation des avocats*, Bâle 2010, n. 257 *ad* art. 12). Dans le cadre des mandats d'office, l'État 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. Il ne saurait être question d'indemniser toutes les démarches souhaitables ou envisageables. Le mandataire d'office doit en effet gérer son mandat conformément au principe d'économie de procédure (décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2013.22 du 31 octobre 2013 consid. 5.2.3). 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).

7.1.2. L'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure est majorée de 20% jusqu'à 30 heures de travail, décomptées depuis l'ouverture de la procédure, 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 ; voir aussi les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2016.34 du 21 octobre 2016 consid. 4.1 et 4.2 et BB.2015.85 du 12 avril 2016 consid. 3.5.2 et 3.5.3). Des exceptions demeurent possibles, charge à l'avocat de justifier l'ampleur d'opérations dont la couverture ne serait pas assurée par le forfait.

7.1.3. Le temps de déplacement de l'avocat est considéré comme nécessaire pour la défense d'office au sens de l'art. 135 CPP (décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2015.33 du 28 juillet 2015 consid. 4.3 et les références). La rémunération forfaitaire de la vacation aller/retour au et du Palais de justice ou au et du bâtiment du Ministère public est arrêtée à CHF 55.- / CHF 75.- / CHF 100.- pour les stagiaires / collaborateurs / chefs d'étude, dite rémunération étant allouée d'office par la juridiction d'appel pour les débats devant elle.

7.2.1. Concernant l'état de frais de M^e^ C_____, le temps consacré à l'étude du dossier sera ramené à 30 minutes et celui consacré à la préparation de l'audience d'appel à quatre heures, le dossier étant déjà bien connu du conseil à ce stade de la procédure. Les 45 minutes consacrées à la prise de connaissance du jugement motivé seront écartées dans la mesures où elles sont comprises dans le forfait, tout comme les dix minutes de rédaction "*d'actes de procédure ONEM*" qui ne sont pas en lien avec la présente procédure d'appel.

La rémunération sera en conséquence arrêtée à CHF 2'931.25, correspondant à 11 heures et 55 minutes d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 2'383.35) plus la majoration forfaitaire de 10% (CHF 238.35), l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% (CHF 209.55) et CHF 100.- de débours pour le déplacement à l'audience d'appel.

7.2.2. Concernant l'état de frais de M^e^ F_____, la conférence client de deux heures du 28 mai 2020 n'a pas à être indemnisée dans la mesure où elle a eu lieu avant l'audience devant le TCO.

La rémunération sera en conséquence arrêtée à CHF 1'805.80, correspondant à sept heures et dix minutes d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 1'433.35) plus la majoration forfaitaire de 10% (CHF 143.35), l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% (CHF 129.10) et CHF 100.- de débours pour le déplacement à l'audience d'appel.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Reçoit les appels formés par A_____ et le Ministère public contre le jugement JTCO/71/2020 rendu le 5 juin 2020 par le Tribunal correctionel dans la procédure P/4894/2018.

Rejette l'appel de A_____.

Admet partiellement l'appel du Ministère public.

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

Déclare A_____ coupable d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (118 al. 1 LEI), de séjour illégal et d'activité lucrative sans autorisation (art. 115 al. 1 let. b et c LEI).

Classe la procédure s'agissant des infractions de séjour illégal entre fin 2007 et le 12 novembre 2014 (ch. II.3 de l'acte d'accusation) et d'activité lucrative sans autorisation entre fin 2007 et le 4 juin 2013 et entre le 1er août 2014 et le 12 novembre 2014 (ch. II.4 de l'acte d'accusation) (art. 329 al. 5 CPP).

Condamne A_____ à une peine privative de liberté de 36 mois, sous déduction de 126 jours de détention avant jugement (art. 40 CP) et de sept jours correspondant à l'imputation des mesures de substitution.

Fixe à 18 mois la partie ferme de la peine à exécuter.

Met A_____ au bénéfice du sursis pour le solde de la peine privative de liberté et en fixe le délai d'épreuve à quatre ans.

Condamne A_____ à une peine pécuniaire de 90 jours-amende (art. 34 CP).

Fixe le montant du jour-amende à CHF 70.-.

Dit que cette peine pécuniaire est partiellement complémentaire à celle prononcée le 18 février 2016 par le Ministère public du Canton de Genève (art. 49 al. 2 CP).

Met A_____ au bénéfice du sursis et fixe la durée du délai d'épreuve à quatre ans (art. 42 et 44 CP).

Avertit que s'il devait commettre de nouvelles infractions durant le délai d'épreuve, les sursis pourraient être révoqués et les peines suspendues exécutées, cela sans préjudice d'une nouvelle peine (art. 44 al. 3 CP).

Renonce à révoquer le sursis octroyé le 18 février 2016 par le Ministère public du canton de Genève (art. 46 al. 2 CP).

Ordonne l'expulsion de Suisse de A_____ pour une durée de sept ans (art. 66a al. 1 CP).

Dit que l'exécution de la peine prime celle de l'expulsion (art. 66c al. 2 CP).

Constate la levée au 5 juin 2020 des mesures de substitution ordonnées par le Tribunal des mesures de contrainte le 24 décembre 2018 dans la P/16723/0217 et le 30 mars 2020 dans la présente procédure (art. 231 al. 1 et 237 al. 4 CPP).

Ordonne la restitution à L_____ des sûretés versées.

Donne acte à la partie plaignante E_____ de sa réserve d'agir par la voie civile et l'y renvoie en tant que de besoin (art. 126 al. 2 CPP).

Prend acte de ce que A_____ a été condamné aux frais de la procédure de première instance, qui s'élèvent à CHF 11'038.- (art. 426 al. 1 CPP).

Condamne A_____ aux frais de la procédure d'appel, en CHF 1'815.-, qui comprennent un émolument de CHF 1'500.-.

Prend acte de ce l'indemnité de procédure due à M^e^ C_____, défenseure d'office de A_____, a été fixée à CHF 13'908.30 pour la procédure de première instance (art. 135 CPP).

Prend acte de ce que l'indemnité de procédure due à M^e^ F_____, conseil juridique gratuit de E_____, a été fixée à CHF 8'928.35 pour la procédure de première instance (art. 138 CPP).

Arrête à CHF 2'931.25, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M^e^ C_____, défenseure d'office de A_____, pour la procédure d'appel.

Arrête à CHF 1'805.80, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M^e^ F_____, conseil juridique gratuit de E_____, 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.

Le greffier :	Le Président :
Alexandre DA COSTA	Pierre BUNGENER

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 correctionnel :	CHF	11'038.00
Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision		
Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c)	CHF	0.00
Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i)	CHF	160.00
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	1'815.00
Total général (première instance + appel) :	**CHF**	**12'853.00**