REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/11826/2019 **AARP/66/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 8 mars 2021

Entre

A_____, sans domicile fixe, comparant par M^e^ B_____, avocate, _____ Genève,

appelant,

contre le jugement JTDP/696/2020 rendu le 9 juillet 2020 par le Tribunal de police,

et

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

intimé.

Siégeant : Monsieur Pierre BUNGENER, président ; Madame Gaëlle VAN HOVE et Monsieur Vincent FOURNIER, juges.

EN FAIT :

A. **a.** En temps utile, A_____ appelle du jugement du 9 juillet 2020, par lequel le Tribunal de police (TP) l'a reconnu coupable d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) et condamné à une peine privative de liberté de 30 jours, peine partiellement complémentaire à celle prononcée le 29 mars 2019 par la Chambre pénale d'appel et de révision (CPAR), et aux frais de la procédure en CHF 1'585.-, y compris un émolument de jugement global de CHF 900.-, le premier juge renonçant à révoquer la libération conditionnelle accordée le 28 novembre 2018 par le Tribunal d'application des peines et des mesures (TAPEM).

A_____ entreprend partiellement ce jugement, concluant au prononcé d'une peine pécuniaire clémente avec sursis.

b. Selon l'ordonnance pénale du Ministère public (MP) du 19 juillet 2019, valant acte d'accusation, il était reproché à A_____ d'avoir, à Genève, du 14 décembre 2018, jour suivant sa libération conditionnelle, au 5 juin 2019, date de sa nouvelle interpellation, séjourné en Suisse en étant démuni d'un passeport valable, d'une autorisation de séjour et des moyens de subsistance nécessaires, et ce alors qu'il faisait également l'objet d'une mesure d'interdiction d'entrée sur le territoire helvétique, valable du 26 mars 2018 au 25 mars 2021 et notifiée le 10 avril 2018.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. Selon le rapport d'arrestation du 5 juin 2019, A_____ s'est présenté, le même jour, sans document d'identité valable, au poste de police C_____, en indiquant qu'il faisait l'objet d'un ordre d'écrou délivré par le Service de l'application des peines et mesures (SAPEM).

b. Devant la police et le MP, A_____ a indiqué n'avoir jamais possédé de document d'identité, ni d'autorisation de séjour. Il était démuni de moyens de subsistance et résidait dans un foyer. Il était arrivé en Suisse en janvier 2018. L'été suivant, il avait été renvoyé en Espagne mais était revenu en Suisse après une semaine. Il n'avait entrepris aucune démarche visant à son retour dans son pays d'origine et refusait de s'engager à contacter son ambassade/consulat afin de rendre possible un tel retour.

Le 5 juin 2019, il s'était présenté par erreur au poste de police sur ordre du SAPEM, qui lui avait assigné l'obligation de se rendre à l'Hôtel de Police (VHP) en vue de son entrée en détention, ce qui ressort de l'ordre d'exécution du 11 mars 2019, versé par le prévenu à la procédure.

c. A_____ n'a pas comparu à l'audience de jugement, son avocate ayant été autorisée à l'y représenter.

d. Selon les renseignements fournis par l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM), A_____ a déposé une demande d'asile 14 janvier 2018. Par décision entrée en force le 27 février suivant, le Secrétariat d'état aux migrations (SEM) a rejeté sa demande. Il a été transféré, le 6 août 2018, en Espagne, dans le cadre d'une procédure Dublin ouverte le 14 janvier 2018. Le 24 septembre 2018, A_____ a fait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse, de sorte qu'il a été rapatrié dans son pays d'origine le 6 novembre 2019. Il faisait également l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 25 mars 2021, notifiée le 10 avril 2018.

C. **a.** La CPAR a ordonné la procédure écrite avec l'accord des parties.

b. Selon son mémoire d'appel, A_____ persiste dans ses conclusions.

En le condamnant à une peine privative de liberté, le TP avait prononcé une sanction disproportionnée au regard des faits reprochés, de sa situation personnelle, ainsi que des circonstances de son interpellation. En effet, il ne représentait pas une menace concrète nécessitant une telle peine. A la suite de sa dernière interpellation, il avait pris conscience qu'il ne pouvait pas rester en Suisse et avait définitivement quitté le pays, ce dont il fallait tenir compte dans le cadre de la fixation de la peine et permettait d'établir un pronostic favorable quant à ses chances d'amendement, étant précisé qu'aucune de ses précédentes condamnations n'avaient été assorties du sursis. Son attitude, à savoir se rendre au SAPEM afin d'exécuter sa peine, était une preuve de bonne foi et ne pouvait aboutir en une nouvelle peine privative de liberté sans heurter de façon choquante le sentiment de justice et d'égalité. Ainsi, le TP aurait dû, à tout le moins, approfondir l'examen d'une éventuelle peine pécuniaire.

c. Le MP conclut au rejet de l'appel, partant, à la confirmation du jugement entrepris, dont il fait sien le raisonnement dans son intégralité.

L'appelant avait été, par le passé, condamné à des peines privatives de liberté et pécuniaires, sans que cela ne le dissuade de récidiver. La quotité de la peine correspondait à un séjour illégal de la durée de celui du prévenu. Aucun élément du dossier ne permettait de poser un pronostic favorable et ainsi de lui octroyer le sursis, lequel ne pouvait entrer en ligne de compte au vu de ses antécédents spécifiques.

d. Le TP se réfère intégralement au jugement rendu.

e. Invité à se déterminer à la suite du rapport rendu le 28 janvier 2021 par la Brigade de la police technique et scientifique (BPTS ; voir *infra* D.b.b), A_____ ne s'est pas manifesté.

D. **a.** A_____, né le _____ 2000 à D_____, en Guinée, se dit originaire de Mauritanie. Il est célibataire, sans enfant et n'a plus de famille.

b.a. Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse au 21 décembre 2020, pris en considération par le TP dans le jugement entrepris, A_____ avait été condamné les 25 janvier, 25 juillet et 5 décembre 2018, ainsi que le 29 mars 2019.

La peine querellée a été déclarée complémentaire à la condamnation prononcée le 29 mars 2019 par la CPAR, à une peine privative de liberté de 60 jours, à une peine pécuniaire de 20 jours-amende à CHF 10.- l'unité, ainsi qu'à une amende de CHF 100.-, pour séjour illégal (période du 25.01.2018 au 29.06.2018), opposition aux actes de l'autorité et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants et substances psychotropes (LStup).

b.b. Sur mandat d'actes d'enquête du MP, sollicité par la CPAR, la BPTS, en comparant les empreintes du prévenu avec celles d'un homonyme également Guinéen mais né le _____ 1996, a indiqué dans son rapport du 28 janvier 2021 que les condamnations des 25 janvier 2018 et 29 mars 2019 ne le concernaient pas. Son casier judiciaire a ainsi été rectifié.

b.c. Selon l'extrait de son casier au 4 mars 2021, A_____ a été condamné les :

- 25 juillet 2018 par le MP, à une peine privative de liberté de 110 jours, ainsi qu'à une peine pécuniaire de dix jours-amende à CHF 30.- l'unité, pour délit contre la LStup, séjour illégal (période du 15.07.2018 au 24.07.2018), infraction à l'art. 119 LEI et opposition aux actes de l'autorité. Il a été libéré conditionnellement par jugement du TAPEM du 28 novembre 2018, pour le 13 décembre 2018 (solde de peine : 19 jours), avec un délai d'épreuve d'un an ;

- 5 décembre 2018 par le TP, à une peine privative de liberté de 30 jours, ainsi qu'à une amende de CHF 120.-, pour contravention et délit à la LStup, séjour illégal (périodes du 27.02.2018 au 13.07.2018 et du 26.07.2018 au 13.09.2018) et infraction à l'art. 119 LEI.

E. M^e^ B_____, défenseure d'office de A_____, dépose un état de frais pour la procédure d'appel, facturant, sous des libellés divers, 3h00 d'activité de cheffe d'étude.

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.** 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.

2.2. Selon la Directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Directive sur le retour), intégrée au droit suisse par l'arrêté fédéral du 18 juin 2010 (RO 2010 5925) et la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne y relative (ci-après : la CJUE, arrêt du 28 avril 2011 C-61/11 PPU EL DRIDI), le prononcé d'une peine pécuniaire du chef de séjour illégal est toujours envisageable (arrêt de la CJUE du 6 décembre 2012 C-430/11 SAGOR). Tel n'est pas le cas du prononcé d'une peine privative de liberté. Une sanction de ce type ne peut, en effet, être infligée que pour autant qu'une procédure administrative de renvoi ait été, préalablement, menée à son terme sans succès contre le ressortissant étranger et que ce dernier demeure sur le territoire concerné sans motif justifié de non-retour (arrêt de la CJUE du 28 avril 2011 C-61/11 PPU EL DRIDI).

2.3.1. Selon l'art. 47 du Code pénal suisse (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*). A 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 142 IV 137 consid. 9.1 ; 141 IV 61 consid. 6.1.1). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge (ATF 144 IV 313 consid. 1.2).

2.3.2. Bien que la récidive ne constitue plus un motif d'aggravation obligatoire de la peine (art. 67 aCP), les antécédents continuent de jouer un rôle très important dans la fixation de celle-ci (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Basler Kommentar Strafrecht I : Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz*, 3ème éd., Bâle 2013, n. 130 *ad* art. 47 CP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1202/2014 du 14 avril 2016 consid. 3.5.). En général, la culpabilité de l'auteur est amplifiée du fait qu'il n'a pas tenu compte de l'avertissement constitué par la précédente condamnation, et sa rechute témoigne d'une énergie criminelle accrue (R. ROTH / L. MOREILLON (éds), *Code pénal I : art. 1-100 CP*, Bâle 2009, n. 55 *ad* art. 47 CP). Une série d'infractions semblables pèse plus lourd que des actes de nature différente. En outre, les condamnations passées perdent de leur importance avec l'écoulement du temps. Les condamnations qui ont été éliminées du casier judiciaire ne peuvent plus être utilisées pour l'appréciation de la peine ou l'octroi du sursis dans le cadre d'une nouvelle procédure pénale (ATF 135 IV 87 consid. 2 p. 89). Les antécédents judiciaires ne sauraient toutefois conduire à une augmentation massive de la peine, parce que cela reviendrait à condamner une deuxième fois pour des actes déjà jugés (ATF 120 IV 136 consid. 3b p. 145).

2.3.3. Selon l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si (a) une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits, ou si (b) il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée. Il doit motiver le choix de la peine privative de liberté de manière circonstanciée (al. 2).

La peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité, les peines privatives de liberté ne devant être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Lorsque tant une peine pécuniaire qu'une peine privative de liberté entrent en considération et que toutes deux apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu, conformément au principe de la proportionnalité, d'accorder la priorité à la première, qui porte atteinte au patrimoine de l'intéressé et constitue donc une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. Le choix de la sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention. La faute de l'auteur n'est en revanche pas déterminante (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1 ; 137 II 297 consid. 2.3.4 p. 301 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_420/2017 du 15 novembre 2017 consid. 2.1), pas plus que sa situation économique ou le fait que son insolvabilité apparaisse prévisible (ATF 134 IV 97 consid. 4.2 et 5.2.3 p. 100 s.).

2.3.4. A teneur de l'art. 42 al. 1 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits.

Le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit prononcer le sursis. Celui-ci est ainsi la règle dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185 s. ; 134 IV 1 consid. 4.2.2 p. 5).

La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner le prévenu de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère du prévenu et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le sursis est la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185 s. et les références ; 134 IV 140 consid. 4.2 p. 143 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_1339/2016 du 23 mars 2017 consid. 1.1.1).

2.4. En l'espèce, la faute de l'appelant n'est pas légère, dès lors qu'il s'est à nouveau rendu coupable d'un séjour illégal d'une durée de près de six mois. Il a persisté à séjourner en Suisse sans autorisation valable, alors qu'il savait faire l'objet d'une interdiction d'entrée sur le territoire suisse et qu'il avait été renvoyé en Espagne, ce qui ne l'a pas empêché de récidiver, mais surtout alors qu'il avait déjà été condamné. En effet, même après épuration, le casier judiciaire de l'appelant fait encore mention, depuis juillet 2018 seulement, de deux antécédents pour des infractions à la LEI. Il est visiblement resté jusqu'ici imperméable à l'effet dissuasif des précédentes peines prononcées à son encontre, qu'elles soient privatives de liberté ou pécuniaires. Il n'a pas plus su saisir la chance qui lui a été donnée par l'octroi d'une libération conditionnelle en novembre 2018, en récidivant dès le lendemain de sa sortie de prison, soit dans le délai d'épreuve. Les conditions de l'art. 41 al. 1 CP sont donc remplies et le prononcé d'une peine privative de liberté est justifié.

A cet effet, peu importe qu'il ait été, en novembre 2019, renvoyé dans son pays d'origine, dès lors que, contrairement à ce qu'il allègue, ce renvoi ne traduit en rien une volonté propre de quitter la Suisse, tel que cela ressort d'ailleurs de ses déclarations, mais la simple exécution de la décision administrative prise à son encontre le 24 septembre 2018 et rien n'indique qu'il ne tentera pas de regagner le territoire helvétique comme il l'a déjà fait par le passé. Le pronostic quant à son comportement futur est donc clairement défavorable.

Le prononcé d'une peine privative de liberté ferme est par ailleurs conforme à la Directive sur le retour et à la jurisprudence rendue en vertu de celle-ci, dès lors qu'à

l'époque des faits, l'appelant avait été renvoyé vers l'Espagne, les autorités suisses ayant ainsi pris toutes les mesures nécessaires pour procéder à son renvoi.

Compte tenu de ce qui précède, la peine devra être fixée individuellement puisqu'elle ne peut plus être prononcée de manière partiellement complémentaire à celle du 29 mars 2019, laquelle a été retirée du casier judiciaire de l'appelant.

Au regard de l'infraction commise et de sa peine menace, la peine prononcée par le premier juge est clémente. En application toutefois du principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* (art. 391 al. 2 CPP), la peine privative de liberté de 30 jours, sous déduction du jour de détention avant jugement, sera confirmée. Cette peine est éloignée du plafond d'une année de peine privative de liberté fixée par la loi en cas de délit continu, l'appelant ayant été renvoyé en Espagne le 6 août 2018, ce qui marque une césure dans son intention délictuelle, laquelle a ainsi été renouvelée, puisqu'il a quitté la Suisse et y est revenu (ATF 135 IV 6 consid. 3.2 p. 9 et 4.2 p. 11 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_715/2015 du 21 mars 2016 consid. 2.6).

La renonciation à révoquer la libération conditionnelle octroyée le 28 novembre 2018 est par ailleurs acquise à l'appelant (art. 391 al. 2 CPP).

L'appel est ainsi rejeté, mais le jugement sera réformé en ce sens que la peine prononcée ne sera pas complémentaire.

3. L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'Etat comprenant un émolument de CHF 1'000.- (art. 428 CPP et 14 al. 1 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale [RTFMP]).

4. Considéré globalement, l'état de frais produit par M^e^ B_____, défenseure d'office de de A_____, satisfait les exigences légales et jurisprudentielles régissant l'assistance judiciaire gratuite en matière pénale.

Sa rémunération sera partant arrêtée à CHF 775.45 correspondant à 3h00 d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 600.-) plus la majoration forfaitaire de 20% (CHF 120.-) et l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% en CHF 55.45.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/696/2020 rendu le 9 juillet 2020 par le Tribunal de police dans la procédure P/11826/2019.

Le rejette.

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

Déclare A_____ coupable d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEI.

Condamne A_____ à une peine privative de liberté de 30 jours, sous déduction d'un jour de détention avant jugement (art. 40 CP).

Renonce à révoquer la libération conditionnelle accordée le 28 novembre 2018 par le Tribunal d'application des peines et des mesures de Genève (art. 89 al. 1 CP).

Condamne A_____ aux frais de la procédure préliminaire et de première instance, qui s'élèvent à CHF 1'585.-, y compris un émolument de jugement global de CHF 900.- (art. 426 al. 1 CPP)

Condamne A_____ aux frais de la procédure d'appel, en CHF 1'155.-, qui comprennent un émolument de CHF 1'000.-.

Arrête à CHF 775.45, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M^e^ B_____, défenseure 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.

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 de police :	CHF	1'585.00
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	80.00
Procès-verbal (let. f)	CHF	0.00
Etat de frais	CHF	75.00
Emolument de décision	CHF	1'000.00
Total des frais de la procédure d'appel :	CHF	1'155.00
Total général (première instance + appel) :	**CHF**	**2'740.00**