

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/16010/2012

AARP/474/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 31 octobre 2014

Entre

A_____, comparant par M^e Boris LACHAT, avocat, CDHL Avocats, rue De-Candolle 18,
1205 Genève,

appelant,

contre le jugement JDTP/612/2013 rendu le 2 octobre 2013 par le Tribunal de police,

et

HOSPICE GENERAL, aide aux requérants d'asile, cours de Rive 12, CP 3360, 1211
Genève 3,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b,
1213 Petit-Lancy - case postale 3565 - 1211 Genève 3,

intimés.

L'arrêt est communiqué aux parties, à l'autorité inférieure et à l'OCP en date du
11 novembre 2014.

EN FAIT :

A. a. Par courrier déposé au greffe du Tribunal pénal le 3 octobre 2013, A_____ (ci-après : A_____) a annoncé appeler du jugement rendu par le Tribunal de police le 2 octobre 2013, dont les motifs lui ont été notifiés le 17 octobre suivant, par lequel le tribunal de première instance l'a reconnu coupable de dommages à la propriété (art. 144 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]) et de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 [LEtr ; RS 142.20]), l'a condamné à une courte peine privative de liberté de 45 jours, sous déduction de 2 jours de détention avant jugement, a renoncé à révoquer les sursis octroyés les 4 août 2009, 2 décembre 2009 et 28 juillet 2010, lui a adressé un avertissement et a prolongé d'un an et demi le délai d'épreuve des sursis octroyés les 2 décembre 2009 et 28 juillet 2010, a renoncé à révoquer la libération conditionnelle accordée par le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) le 22 décembre 2012 et l'a condamné aux frais de la procédure.

b. Par acte déposé au greffe de la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : CPAR ou la juridiction d'appel) le 22 octobre 2013, A_____ a formé la déclaration d'appel prévue à l'art. 399 al. 3 du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0), aux termes de laquelle il conteste sa condamnation des chefs de dommages à la propriété et de séjour illégal, concluant principalement à son acquittement et à une exemption des frais de la procédure. Subsidiairement, A_____ conclut à un classement, au prononcé d'une peine accessoire - assortie du sursis, sous déduction de deux jours de détention avant jugement - en remplacement de la peine privative de liberté. Il conteste aussi l'avertissement qui lui a été adressé et la prolongation d'un an et demi du délai d'épreuve des sursis octroyés en 2009 et 2010.

c. Par ordonnance pénale du Ministère public, valant acte d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir, à Genève, séjourné sur le territoire suisse, du 23 janvier 2012, date de sa libération conditionnelle, au 14 novembre 2012, date de son interpellation, alors qu'il n'était pas au bénéfice des autorisations nécessaires, ni d'un passeport valable indiquant sa nationalité, ni de moyens de subsistance, étant précisé qu'une décision de renvoi valablement notifiée a été prononcée à son encontre le 19 décembre 2008. Il lui est également reproché d'avoir cassé un cadre de fenêtre le 14 novembre 2012 dans le couloir d'accès aux chambres du foyer qui l'hébergeait et d'y avoir endommagé une poignée.

B. Les faits encore pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a. Arrivé en Suisse en avril 2008, A_____ a déposé une demande d'asile qui a définitivement été rejetée le 19 décembre 2008. Il est toutefois resté dans le pays depuis lors.

b. Par jugement du TAPPEM du 22 décembre 2011, A_____ a été libéré conditionnellement à compter du 22 janvier 2012, soit aux deux tiers de diverses peines, avec un délai d'épreuve d'un an (art. 87 al. 1 CP).

Dès le lendemain de sa libération et jusqu'au 14 novembre 2012, A_____ a séjourné illégalement en Suisse. Il a toutefois déposé une demande d'autorisation de séjour le 11 octobre 2012, par le biais du _____, en se prévalant de sa nouvelle situation personnelle liée à la naissance de sa fille en 2010. A teneur du dossier, aucune suite n'a été donnée à cette démarche.

c.a Le 14 novembre 2012, la police a été requise d'intervenir au centre de requérants d'asile B_____ à _____, propriété de l'HOSPICE GENERAL, car A_____ venait de claquer fortement une fenêtre, ce qui l'avait fait tomber, cassant ainsi le cadre sans briser toutefois la vitre. A_____ a reconnu les faits qui lui étaient reprochés mais a contesté les avoir commis intentionnellement.

A leur arrivée, les policiers ont constaté que l'auteur des actes présentait des coupures sur les mains et saignait. A_____ a refusé de répondre à la plupart des questions de la police, tout en affirmant son refus de quitter la Suisse. Il n'avait d'ailleurs entrepris aucune démarche pour favoriser son départ.

c.b C_____, employé de l'HOSPICE GENERAL, a déposé une plainte pénale au nom de son employeur pour les dommages à la propriété subis.

A lire l'extrait du registre du commerce de l'HOSPICE GENERAL, le nom de C_____ n'y figure pas, mais l'institution d'aide sociale a produit une procuration en faveur de son employé le 6 novembre 2012. Celle-ci, datée du 4 septembre 2012, est adressée à la Cheffe de la police et mentionne que son employé a qualité pour déposer plainte au nom et pour le compte de l'institution en cas de dommages à la propriété et de violation de domicile.

d. En formant opposition contre l'ordonnance pénale, A_____ a attiré l'attention du Ministère public sur sa lettre du 17 novembre 2012 adressée au foyer B_____ par laquelle il s'engageait à payer les frais de réparation de la vitre cassée (CHF 1'196.55 selon facture du 13 décembre 2012). Il a formalisé son engagement dans une reconnaissance de dette datée du 30 septembre 2013.

Il venait par ailleurs de déposer une demande de régularisation, son statut de père d'une enfant résidant en Suisse lui donnant un droit de séjour fondé sur l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101).

Le 16 juillet 2013, A_____ a obtenu une autorisation de travail temporaire délivrée à la demande de la commune de _____ pour des tâches ponctuelles. Celle-ci le décrit comme une personne engagée et volontaire qui s'implique activement dans la construction de son projet professionnel malgré une situation assez précaire.

e. Le Ministère public a maintenu son ordonnance pénale du 15 novembre 2012 et transmis la procédure au Tribunal de police.

Lors de l'audience de jugement, A_____ a reconnu les dommages à la propriété causés à l'HOSPICE GENERAL mais a contesté les avoir commis intentionnellement. Nonobstant sa demande de regroupement familial, il savait ne pas être en possession des autorisations nécessaires pour résider en Suisse en 2012.

C. a. Par ordonnance présidentielle OARP/378/2013 du 4 décembre 2013 et avec l'accord des parties, la juridiction d'appel a ordonné l'ouverture d'une procédure écrite.

b. Dans son mémoire d'appel, A_____ persiste intégralement dans les termes de sa déclaration d'appel du 22 octobre 2013. Il argue de l'irrecevabilité de la procuration de l'HOSPICE GENERAL datée du 4 septembre 2012 mais produite après la clôture de la procédure de première instance. Il dénie à C_____ la qualité pour déposer plainte au nom et pour le compte de l'HOSPICE GENERAL, faute de pouvoir de représentation. Enfin, il fait valoir trois motifs justificatifs l'autorisant à séjourner en Suisse, eu égard à sa nouvelle situation familiale, et conteste le type et la quotité de la peine, qui doit en tout état être réduite et assortie du sursis.

c. Par courrier du 10 janvier 2014, le Tribunal de police se réfère à son jugement.

d. L'HOSPICE GENERAL conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de la culpabilité de A_____ du chef de dommages à la propriété. Il demande que la validité de la plainte pénale déposée le 14 novembre 2012 par C_____ soit constatée et conclut à la condamnation de A_____ en tous les frais et dépens.

e. Dans ses observations du 16 janvier 2014, le Ministère public conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris. Il serait abusif et contraire au droit de considérer la plainte pénale de l'HOSPICE GENERAL comme nulle sous prétexte que son signataire n'était pas inscrit au registre du commerce. Pour le volet de l'infraction à la LEtr, la culpabilité de A_____ devait être confirmée. L'autorisation de séjour ne lui avait pas été accordée suite au dépôt de sa nouvelle demande d'asile et il était douteux qu'elle le soit un jour, eu égard aux circonstances.

D. A_____, célibataire, est né à _____/Guinée, pays dont il a la nationalité et dans lequel il a effectué sa scolarité jusqu'à l'obtention d'un baccalauréat scientifique. Il est arrivé en Suisse en avril 2008 où il a déposé une demande d'asile qui a été rejetée avant qu'une mesure de renvoi ne soit prise le 2 février 2009. Il est toutefois resté en Suisse et a eu une fille le _____ 2010, D_____, de nationalité suisse, qu'il a reconnue. Il a résidé chez la mère de son enfant jusqu'en avril 2012 puis est retourné vivre au Foyer B_____. Il a toutefois pu maintenir des contacts avec sa fille sur la base d'une décision de l'autorité tutélaire lui accordant un droit de visite.

Selon le casier judiciaire suisse, A_____ a déjà été condamné quatre fois à des peines pécuniaires, à savoir les :

- 4 août 2009 (180 jours-amende, à CHF 30.- l'unité, sursis 5 ans non révoqué à six reprises), pour brigandage,

- 2 décembre 2009 (40 jours-amende, à CHF 30.- l'unité, sursis 3 ans non révoqué à quatre reprises, et à une amende) pour dommages à la propriété et infraction simple à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes, du 3 octobre 1951 (LStup ; RS 812.121),

- 28 juillet 2010 (12 jours-amende, à CHF 30.- l'unité, sursis 3 ans non révoqué à trois reprises, et à une amende) pour infraction simple à la LStup et consommation de stupéfiants), et

- le 14 avril 2012 (50 jours-amende, à CHF 30.- l'unité, liberté conditionnelle accordée le 22 janvier 2012 non révoquée), pour dommages à la propriété.

A_____ a au surplus été condamné à des peines privatives de liberté de 60 jours pour vol, recel, entrée et séjour illégaux le 4 août 2011 et de 3 mois pour lésions corporelles simples le 15 octobre 2011, peine pour laquelle il a été libéré conditionnellement au 22 janvier 2012, la peine restante étant de 50 jours et le délai d'épreuve d'un an.

EN DROIT :

1. **1.1** L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été

ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitable (art. 404 al. 2 CPP).

1.2 L'appelant invoque l'irrecevabilité de la pièce produite le 6 novembre 2012 par l'intimé.

1.2.1 L'art. 389 al.1 CPP prévoit que la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. Toutefois, l'autorité de recours administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours. En effet, la juridiction d'appel ne se borne pas à corriger le jugement attaqué mais rend un nouveau jugement en se fondant sur ses propres constatations et sur les preuves qu'elle a administrées. Ainsi, elle peut notamment tenir compte des faits nouveaux improprement dits, soit ceux qui existaient déjà avant le jugement de première instance, lesquels doivent être pris en considération dans la mesure où ils sont pertinents et permettent de préciser un point du jugement de première instance (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 20 ad art. 398 CPP).

1.2.2 En l'espèce, la procuration du 4 septembre 2012 constitue un fait nouveau improprement dit car elle est datée d'avant le jugement du Tribunal de police bien que produite ultérieurement. Elle doit toutefois être prise en compte dans la présente procédure d'appel au vu de son caractère pertinent. En effet, ce document permet de répondre à un grief soumis à l'appréciation de la juridiction d'appel (cf. *infra* ch. 1.3).

La procuration du 4 septembre 2012 est donc recevable et ne sera pas écartée de la procédure.

1.3 L'appelant invoque le défaut de qualité pour porter plainte de C_____ pour dommages à la propriété au nom et pour le compte de son employeur.

1.3.1 A teneur de l'art. 144 al. 1 CP, celui qui aura endommagé, détruit ou mis hors d'usage une chose appartenant à autrui ou frappé d'un droit d'usage ou d'usufruit au bénéfice d'autrui sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

1.3.2 L'art. 30 al. 1 CP, s'appliquant qu'aux infractions punies sur plainte, prévoit que toute personne lésée peut porter plainte contre l'auteur. Si le lésé est une personne morale régie par le droit public, telle qu'un canton, une commune ou un

établissement public, la compétence pour exercer le droit de porter plainte se détermine selon les bases légales correspondantes du droit public (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *Code pénal: Petit commentaire*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012, n. 12 ad art. 30 CP).

L'art. 2 al. 1 de la loi sur l'Hospice général (LHG ; J 4 07) prévoit que l'Hospice général est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Selon l'art. 16 al. 1 LHG, le conseil d'administration est le pouvoir supérieur de l'Hospice général. Sous réserve des compétences du Grand Conseil et du Conseil d'Etat, le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour la gestion de l'Hospice général (al. 2). Enfin, aux termes de l'art. 21 al. 3 LHG, la direction est l'organe dirigeant et exécutif suprême au niveau opérationnel. Elle engage et représente l'Hospice général vis-à-vis des tiers, dans les limites fixées par le conseil d'administration.

1.3.3 Le droit de déposer plainte est de nature strictement personnelle et intransmissible. Toutefois, le lésé est habilité à déléguer ce droit à un représentant civil ou commercial. C'est la procédure cantonale qui détermine les conditions de forme auxquelles la plainte doit satisfaire lorsque le droit strictement personnel du lésé de la déposer est exercé par un représentant. Une procuration générale suffit dans les cas où la violation de biens matériels est en jeu (ATF 118 IV 167 consid. 1b ; M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *op. cit.*, n. 13 ad art. 30).

1.3.4 En l'espèce, C_____ est employé de l'Hospice général. Depuis le 4 septembre 2012, il est au bénéfice d'une procuration générale lui conférant la qualité pour déposer plainte au nom et pour le compte de son employeur en cas d'infractions aux art. 144 CP et 186 CP. Il était ainsi habilité à déposer la plainte pour dommages à la propriété contre l'appelant accusé d'avoir endommagé des biens matériels au sein du foyer. Le fait que C_____ ne figure pas au registre du commerce ne modifie pas la portée qu'il faut attribuer à la procuration.

La plainte pénale pour dommages à la propriété du 15 novembre 2012 a donc été déposée dans le délai légal par une personne qui en avait la qualité. Elle est à ce titre recevable.

2. L'appelant oppose trois motifs justificatifs à l'illicéité de son séjour en Suisse du 23 janvier 2012 au 14 novembre 2012, à savoir ses obligations légales envers sa fille, la sauvegarde d'intérêts légitimes et l'art. 8 CEDH.

2.1.1 A teneur de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque séjourne illégalement en Suisse,

notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour non autorisé.

La punissabilité du séjour irrégulier selon l'art. 115 al. 1 let. b LEtr suppose que l'étranger ne se trouve pas dans l'impossibilité - par exemple en raison d'un refus du pays d'origine d'admettre le retour de leurs ressortissants ou de délivrer des papiers d'identité - de quitter la Suisse et de rentrer légalement dans son pays d'origine. En effet, le principe de la faute suppose la liberté de pouvoir agir autrement (arrêt du Tribunal fédéral 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 2.1 et les références citées).

La Directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Directive sur le retour 2008/115/CE), 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), ne s'opposent pas au principe de la poursuite pénale d'un étranger, dans un Etat membre, du chef de séjour illégal ; elles réglementent uniquement le type de sanctions – peine pécuniaire ou privative de liberté – susceptible d'être infligée (arrêt de la CJUE du 6 décembre 2012 SAGOR ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_196/2012 du 24 janvier 2013, consid. 2.1.2 *in fine*).

La Directive sur le retour n'est pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui ont commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs autres délits (art. 2 al. 2 let. b de la Directive sur le retour) en dehors du droit pénal sur les étrangers (A. ZÜND, *Migrationsrecht Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2012, n. 12 ad art. 115 LEtr ; T. HUGI YAR, *Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand*, Jusletter du 11 juillet 2011, note 11 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.2).

2.1.2 Dans un arrêt 6B_173/2013 du 19 août 2013, le Tribunal fédéral a indiqué que l'étranger entré légalement en Suisse pour un séjour temporaire qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable doit attendre la décision à l'étranger (art. 17 al. 1 LEtr). Cela vaut aussi pour l'étranger résidant illégalement en Suisse qui tente de légaliser son séjour par le dépôt ultérieur d'une demande d'autorisation de séjour durable (ATF 139 I 37 consid. 2.1 p. 40). Selon le message du Conseil fédéral, le requérant ne peut pas se prévaloir, déjà durant la procédure, du droit de séjour qu'il sollicite ultérieurement, à moins qu'il remplisse "*très vraisemblablement*" les conditions d'admission (FF 2002 3469 ss, p. 3535). Le seul dépôt d'une demande d'autorisation de séjour durable ne rend pas le séjour légal, puisque l'étranger doit en principe attendre la décision à l'étranger (A. ZÜND, *op. cit.*, n° 7 ad art. 115 LEtr).

L'autorité cantonale compétente peut - ou même doit - autoriser, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation (art. 96 LEtr), l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'un droit légal, constitutionnel ou conventionnel à l'octroi d'une autorisation sont données avec une grande vraisemblance (art. 17 al. 2 LEtr). Elle doit rendre sa décision lors d'un examen sommaire des chances de succès, comme c'est le cas lors du prononcé de mesures provisoires (ATF 139 I 37 consid. 2.2). Ni l'entrée illicite ni le séjour illicite n'empêchent l'application de l'art. 17 al. 2 LEtr (ATF 137 I 351 consid. 3.6 p. 359 et consid. 3.8 ; M. SPESCHA, *Migrationsrecht Kommentar, op. cit.*, n° 2 ad art. 17 LEtr).

2.1.3 L'art. 8 CEDH garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (ch. 1). Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (ch. 2).

L'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par cette dernière disposition n'est donc pas automatique et doit être apprécié sur la base d'une pesée de tous les intérêts publics et privés en présence (ATF 120 Ib 22, consid. 4a p. 24). Selon le Tribunal fédéral, dans le cadre d'une demande d'autorisation de séjour, un élément à prendre en compte dans les motifs d'intérêt public incitant à refuser cette dernière est le fait que le parent étranger cherchant à l'obtenir ait adopté un comportement illégal (ATF 136 I 285, consid. 5.2 p. 287).

2.2 En l'espèce, malgré le rejet définitif d'une première demande d'asile le 19 décembre 2008, l'appelant a persisté à demeurer sur le territoire suisse. Démuni de toute autorisation de séjour après sa libération conditionnelle le 22 janvier 2012, il a pourtant séjourné irrégulièrement sur le territoire suisse dès sa sortie de prison et jusqu'au 14 novembre 2012, jour de son arrestation au Foyer B_____. L'appelant n'a entrepris aucune démarche tendant à son retour au pays, ce qu'il d'ailleurs formellement admis. Il n'a argué d'aucun empêchement qui l'en aurait empêché, sous réserve de ses obligations familiales à la suite de la naissance de sa fille. Il a au contraire manifesté sa ferme intention de rester en Suisse, quelles que soient les circonstances.

L'appelant invoque l'art. 8 CEDH mais il ne peut en tout état se prévaloir de cette disposition pour la période antérieure au dépôt de sa demande d'autorisation de séjour, soit du 22 janvier 2012 au 11 octobre 2012. Les mêmes motifs peuvent être repris *mutatis mutandis* pour le droit de l'appelant à séjourner provisoirement sur le territoire suisse qui ne concernerait, en toute hypothèse, que la courte période du 11

octobre 2012 à la date de son arrestation. Dans la situation qui prévalait durant ce laps de temps, rien ne permet de préjuger d'une décision positive, encore que le dossier soit muet sur cette question. On doit en conclure que l'appelant ne disposait pas d'un droit à attendre la décision à venir des autorités suisses dans le pays.

Ainsi, aucun des trois motifs justificatifs ne peut être invoqué par l'appelant. L'infraction de séjour illégal est par conséquent réalisée.

2.3.1 L'auteur se rend coupable de dommages à la propriété dès qu'il cause un changement de l'état de la chose qui n'est pas immédiatement réversible sans frais ni effort et qui porte atteinte à un intérêt légitime (ATF 128 IV 250 consid. 2 p. 252 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_628/2008 du 13 janvier 2009 consid. 5.1.).

2.3.2 En claquant fortement la fenêtre du couloir d'accès menant aux chambres du foyer qui l'hébergeait, la faisant ainsi tomber, cassant le cadre, sans toutefois que la vitre ne se brise, l'appelant a mis hors d'usage un bien mobilier propriété de l'intimé, appelé à devoir procéder à une réparation ou un remplacement de l'objet. En outre, bien qu'il n'ait pas nécessairement eu la volonté qu'un tel résultat se produise, ayant agi dans un état de surexcitation, l'appelant ne pouvait toutefois pas l'exclure. Il s'en est à tout le moins accommodé vu la force avec laquelle il a agi. Le dol éventuel est ainsi acquis.

L'appelant sera donc reconnu coupable du chef de dommages à la propriété. S'il a agi dans un accès de colère regrettable, il faut convenir que le contexte est particulier, puisqu'il s'est lui-même blessé. L'appelant s'est au surplus engagé à indemniser l'Hospice général sans que, à teneur du dossier, il n'ait été donné suite à cette proposition, ce qui paraît à tout le moins surprenant. Au vu des circonstances, les dommages reprochés à l'appelant ne sauraient constituer une infraction témoignant d'une intensité délictuelle particulièrement forte et, à ce titre, ils ne réalisent pas les caractéristiques d'un délit empêchant l'application de la Directive sur le retour. Il reste que celle-ci ne saurait toutefois être applicable pour un autre motif lié à la forme de la peine (cf. *infra* ch. 5).

3. L'appelant conteste le prononcé par le Tribunal de police d'une courte peine privative de liberté ferme de 45 jours.

3.1 Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté ferme de moins de six mois uniquement si les conditions du sursis à l'exécution de la peine (art. 42 CP) ne sont pas réunies et s'il y a lieu d'admettre que ni une peine pécuniaire, ni un travail d'intérêt général ne peuvent être exécutés.

À titre de sanctions, le nouveau droit fait de la peine pécuniaire (art. 34 CP) et du travail d'intérêt général (art. 37 CP) la règle dans le domaine de la petite criminalité,

respectivement de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. Dans la conception de la nouvelle partie générale du Code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale. Les peines privatives de liberté ne doivent être prononcées que lorsque l'État ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Quant au travail d'intérêt général, il suppose l'accord de l'auteur. En vertu du principe de la proportionnalité, il y a lieu, en règle générale, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute, de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement. Pour choisir la nature de la peine, le juge doit prendre en considération l'opportunité de la sanction déterminée, ses effets sur l'auteur et son milieu social, ainsi que son efficacité préventive (ATF 134 IV 97 consid. 4 p. 100 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_234/2010 du 4 janvier 2011 consid. 4.1.1 et 6B_128/2011 consid. 3.1 du 14 juin 2011).

Il convient donc d'examiner en premier lieu si les conditions du sursis sont réunies ou non, selon les critères posés par l'art. 42 CP (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185). Lorsque le pronostic est défavorable et que, par conséquent, un sursis est exclu, il convient de déterminer si une peine pécuniaire, respectivement un travail d'intérêt général, peuvent être exécutés.

3.2.1 Pour l'octroi du sursis, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé 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 de l'accusé 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 nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2 p. 5-6 ; SJ 2008 I p. 277 consid. 2.1. p. 280).

3.2.2 En l'espèce, l'appelant a récidivé à répétées reprises, pour des infractions similaires, en dépit du fait que certaines condamnations avaient déjà été assorties d'un sursis. A plusieurs reprises, l'appelant a bénéficié de la clémence des autorités de jugement qui n'ont pas révoqué les sursis antérieurs malgré les récidives. La naissance de sa fille en 2010 ne l'a pas non plus dissuadé de commettre de nouvelles infractions, puisqu'il a été condamné à quatre reprises entre 2010 et 2012 pour des

infractions contre le patrimoine et l'intégrité corporelle. Ces éléments dénotent une réelle absence de prise de conscience du caractère illicite de ses actes, même en-dehors du cadre du respect de la LEtr. A l'évidence, le défaut d'un titre de séjour n'est pas de nature à l'inciter à adopter un comportement plus respectueux des lois de sorte que le pronostic pour l'octroi du sursis est clairement défavorable. Le refus du sursis sera donc confirmé.

Pour les mêmes motifs, il n'y a pas lieu de revenir sur la prolongation du délai d'épreuve décidée par le premier juge. Il est même assez surprenant qu'avec la clémence dont il a bénéficié l'appelant vienne à se plaindre d'une telle mesure qui intervient en substitution d'une révocation qui aurait été juridiquement soutenable. En tout état, les nombreuses récidives dont l'appelant a été l'auteur fondent la décision du premier juge sur ce point.

4. **4.1** 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, le caractère répréhensible de l'acte, les motivations et les buts de l'auteur ainsi que 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). Le facteur essentiel est celui de la faute (arrêt du Tribunal fédéral 6B_992/2008 du 5 mars 2009 consid. 5.1).

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, 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 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_198/2013 du 3 juin 2013 consid. 1.1.1).

4.2 Toute personne dont la culpabilité justifierait une condamnation à six mois de privation de liberté ou à 180 jours-amende au plus peut en principe être condamnée à fournir un travail d'intérêt général si elle accepte ce genre de peine et s'il n'est pas nécessaire de prononcer une peine privative de liberté ferme (ATF 134 IV 97 consid. 6.3.3.2 p. 107 s.). Cette peine tend à favoriser, à des fins de prévention spéciale, le maintien de l'auteur dans son milieu social, en le faisant compenser l'infraction par

une prestation personnelle en faveur de la communauté plutôt que par une privation de liberté ou une peine pécuniaire (ATF 134 IV 97 consid. 6.3.2 p. 107).

Le prononcé d'un travail d'intérêt général n'est pas réservé exclusivement aux personnes exerçant une activité lucrative. La peine de travail concerne toutes les catégories de condamnés pour autant que les conditions en soient réalisées et qu'elle apparaisse adéquate (arrêt du Tribunal fédéral 6B_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 4.2.4).

Le prononcé d'un travail d'intérêt général n'est justifié qu'autant qu'on puisse au moins prévoir que l'intéressé pourra, cas échéant après l'exécution, poursuivre son évolution en Suisse. Ainsi, lorsqu'il n'existe déjà au moment du jugement, aucun droit de demeurer en Suisse ou lorsqu'il est établi qu'une décision définitive a été rendue sur son statut en droit des étrangers et qu'il doit quitter la Suisse, le travail d'intérêt général ne constitue pas une sanction adéquate. Il est exclu (arrêt du Tribunal fédéral 6B_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 4.2.4). Toutefois, lorsque le statut en Suisse de l'intéressé est précaire mais qu'on ne peut exclure une présence durable dans le pays, tel un étranger au bénéfice d'une admission provisoire au sens de l'art. 85 al. 1 et 6 de la LEtr, on ne saurait d'emblée dire qu'un travail d'intérêt général est exclu (arrêts du Tribunal fédéral 6B_128/2011 consid. 3.5.3 du 14 juin 2011 et 6B_525/2014 du 9 octobre 2014, consid. 2).

4.3 En l'espèce, la demande d'asile déposée par l'appelant peu après son arrivée en Suisse a été rejetée en 2008, sans que des démarches en vue d'un renvoi effectif n'aient été entreprises à teneur du dossier, ce nonobstant une décision de renvoi prise en 2009. La situation administrative de l'appelant est ainsi paradoxale, puisque le rejet de sa demande d'asile n'a pas été suivi d'effets et qu'il a pu vivre quasi normalement en Suisse depuis. Bien plus, même si aucune suite ne semble avoir été donnée à sa nouvelle demande d'autorisation de séjour, il n'est pas allégué qu'un refus lui ait été opposé. L'appelant réside *de facto* en Suisse depuis plusieurs années et son statut de père d'une fillette de quatre ans peut lui permettre d'envisager l'octroi d'une admission provisoire ou tout au moins se trouve-t-il dans une situation où sa présence régulière en Suisse ne relève pas d'un rêve totalement inaccessible. L'ouverture que laisse le Tribunal fédéral dans des cas similaires doit trouver application en l'espèce, ce d'autant que l'appelant peut s'appuyer sur une bonne intégration si l'on en croit l'attestation fournie par sa commune de résidence. Sa volonté d'améliorer sa condition doit être prise en compte.

La solution du travail d'intérêt général est en l'occurrence préférable au prononcé d'une peine pécuniaire au regard des revenus forcément limités de l'appelant, la précarité actuelle de son statut l'empêchant de réaliser des gains réguliers. En plus, la peine pécuniaire s'accommoderait mal d'éventuelles obligations alimentaires mises à la charge de l'appelant avec lesquelles elle entrerait en concurrence.

Au vu de ce qui précède, l'exception que constitue le prononcé d'une courte peine privative de liberté ne se justifie pas, de sorte que le jugement du Tribunal de police sera réformé. La culpabilité de l'appelant étant confirmée, il n'y a pas lieu de réduire la quotité de la peine qui est adéquate au regard de sa faute et de ses nombreux antécédents. En application de l'art. 39 al. 2 CP, l'appelant sera ainsi condamné à 180 heures de travail d'intérêt général, sous déduction de huit heures correspondant à deux jours de détention avant jugement.

5. L'appelant, dont seules les conclusions en acquittement sont rejetées, supportera la moitié des frais de la procédure envers l'État (art. 428 CPP), qui comprennent une indemnité de procédure de CHF 1'500.- (art. 14 al. 1 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale [RTFMP ; E 4 10.03]).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement rendu le 2 octobre 2013 par le Tribunal de police dans la procédure P/16010/2012.

L'admet partiellement.

Annule le jugement dans la mesure où A_____ a été condamné à une courte peine de 45 jours de privation de liberté.

Et statuant à nouveau :

Condamne A_____ à 180 heures de travail d'intérêt général, sous déduction de huit heures correspondant à 2 jours de détention avant jugement.

Le condamne à la moitié des frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émolument de CHF 1'500.-.

Siégeant :

Monsieur Jacques DELIEUTRAZ, président; Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE et Monsieur Pierre MARQUIS, juges.

La greffière :

Virginie VANDEPUTTE

Le président :

Jacques DELIEUTRAZ

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), 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 par la voie du recours en matière pénale.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

P/16010/2012

ETAT DE FRAIS

AARP/474/2014

COUR DE JUSTICE

Selon le 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 1'010.00

Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision

Délivrance de copies (let. a, b et c) CHF 0.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 170.00

Procès-verbal (let. f) CHF 0.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 1'500.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 1'745.00

Total général (première instance + appel) CHF **2'755.00**