

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/16321/2015

AARP/530/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du lundi 19 décembre 2016

Entre

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

appellant et intimé sur appel joint,

contre le jugement JTDP/355/2016 rendu le 19 avril 2016 par le Tribunal de police,

et

A_____, sans domicile fixe, comparant par M^e C_____, avocate, rue D_____, 1205
Genève,

intimé et appellant joint.

EN FAIT :

A. a. Par courrier du 26 avril 2016, le Ministère public a annoncé appeler du jugement rendu le 19 avril 2016 par le Tribunal de police, dont les motifs lui ont été notifiés le 10 juin 2016, par lequel A_____ a été reconnu coupable d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr ; RS 142.20), de violation de domicile (art. 186 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]), et d'infraction à l'art. 19a de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup ; RS 812.121), condamné à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 10.- l'unité, avec sursis (délai d'épreuve : deux ans), sous déduction de trois jours-amende correspondant à trois jours de détention avant jugement, ainsi qu'à une amende de CHF 100.-, et débouté de ses conclusions en indemnisation, frais de procédure à sa charge. Le Tribunal de police a en outre renoncé à révoquer la libération conditionnelle accordée par le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : le TAPEM) le 8 mai 2015, et ordonné diverses mesures de restitution, confiscation et destruction.

b.a. Par acte expédié le 29 juin 2016, le Ministère public a formé la déclaration d'appel selon l'art. 399 al. 3 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0), aux termes de laquelle il conteste le prononcé d'une peine pécuniaire avec sursis sans révocation de la libération conditionnelle de A_____, requérant le prononcé d'une peine privative de liberté d'ensemble ferme de six mois au moins.

b.b. Par courrier du 26 juillet 2016, A_____ forme appel joint, concluant à son acquittement et à ce qu'un délai lui soit accordé pour faire valoir ses prétentions en indemnisation.

c. Par ordonnances pénales des 30 septembre et 25 novembre 2015, valant actes d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir :

- du 4 décembre 2014 au 24 novembre 2015, date de son interpellation, séjourné en Suisse sans autorisation ni documents d'identité, alors qu'il ne disposait pas des moyens financiers suffisants permettant d'assurer sa subsistance durant son séjour ni ses frais de retour ;

- durant cette même période, consommé quotidiennement du haschich, et régulièrement de la marijuana et de la cocaïne ;

- à tout le moins le 26 août 2015, détenu 7,4 grammes de haschich, destinés à sa consommation personnelle ;

- le 24 novembre 2015, pénétré dans le magasin COOP sis rue B_____ alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée, dûment notifiée et signée, dans tous les magasins COOP de Suisse, pour une durée de deux ans à compter du 10 novembre 2014.

B. Les faits pertinents pour l'issue de la procédure, à ce stade, sont les suivants:

a.a. Le 26 août 2015, A_____, de nationalité algérienne, a été appréhendé par la police, sans papiers d'identité et en possession de 7,4 grammes de haschich.

a.b. Lors de ses différentes auditions tant à la police que devant le Ministère public, A_____ a admis avoir acheté la drogue en sa possession pour sa consommation personnelle quotidienne et avoir séjourné en Suisse sans les autorisations nécessaires, fait pour lequel il était déjà connu des services de police. Il souhaitait être condamné à une peine pécuniaire plutôt qu'à une peine privative de liberté et ne voulait pas que la libération conditionnelle accordée dans le cadre d'une précédente condamnation pour infraction à la LEtr soit révoquée.

b.a. Le 24 novembre 2015, la police a été requise d'intervenir à la suite de l'interpellation de A_____ par les agents de sécurité de la COOP sise rue B_____, alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée dans tous les magasins de cette enseigne de Suisse, signée de sa main, d'une durée de deux ans à compter du 10 novembre 2014. Sans papiers d'identité et en possession de différents types de drogue, il a été conduit au poste de gendarmerie. Plainte pénale a été déposée le jour même pour ces faits.

b.c. Lors de son audition, A_____ a déclaré avoir pensé que l'interdiction d'entrée dont il faisait l'objet ne s'appliquait pas du fait qu'il ne s'était rendu dans le magasin que pour acheter deux bières. Les sachets de marijuana et de cocaïne retrouvés dans sa poche lui appartenaient, étant consommateur régulier, pour environ CHF 100.- par semaine. Il reconnaissait être en séjour illégal sur le territoire suisse, n'ayant jamais eu de passeport ou de document officiel depuis son arrivée, 20 ans auparavant. Il admettait être connu des services de police pour ces infractions. Il n'avait pas entamé les démarches en vue de son retour et ne comptait pas les effectuer, eût-il eu les moyens de le faire.

b.d. Devant le Ministère public, A_____ a dit avoir, avec le temps, oublié faire l'objet d'une interdiction d'accès à la COOP, n'ayant jamais reçu aucun document le confirmant.

c. Devant le premier juge, A_____ a maintenu ses précédentes déclarations, admettant avoir été condamné à quatre reprises, toujours en lien avec son séjour illégal.

C. a. Par courrier du 19 août 2016, la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : la CPAR) a, avec l'accord des parties, ordonné l'ouverture d'une procédure écrite.

b. Aux termes de son mémoire d'appel du 29 août 2016 et de sa réponse sur appel joint du 11 octobre 2016, le Ministère public persiste dans ses conclusions. L'intimé avait fluctué dans son récit concernant la violation de domicile, déclarant d'abord penser que l'achat de bières ne contrevenait pas à l'interdiction qu'il avait signée, pour ensuite affirmer qu'il ne se souvenait pas avoir fait l'objet d'une telle mesure. Dès lors qu'il avait commis un autre délit, la Directive sur le retour ne lui était pas applicable. Au vu de ses différentes condamnations, avec et sans sursis, de même que de la libération conditionnelle, dont il n'avait pas su tirer parti, seule une peine privative de liberté ferme devait être prononcée, englobant le solde de la peine suspendue.

c. Dans son mémoire d'appel joint, A_____ soutient qu'il n'avait à aucun moment envisagé d'enfreindre une interdiction d'entrée dans le magasin COOP, persuadé qu'elle était échue, faute d'en avoir reçu copie. Au vu de sa situation personnelle, on ne pouvait lui reprocher d'avoir commis une infraction pour acheter deux bières, sinon par négligence, si bien qu'il devait être acquitté. En l'absence d'un autre délit, la Directive européenne sur le retour s'appliquait, seule une amende devant lui être infligée pour sa consommation de stupéfiants. Les autorités administratives n'avaient rien entrepris pour le renvoyer en Algérie, alors même qu'il avait été à leur disposition, à tout le moins lors de ses différentes interpellations. Les trois jours de détention avant jugement qu'il avait subis devaient être indemnisés à hauteur de CHF 600.-, plus intérêts.

Dans sa réponse du 1^{er} novembre 2016, l'appelant joint soulève le fait que le Ministère public retient d'anciennes condamnations manifestement prononcées en violation du droit, la Directive sur le retour étant pleinement applicable à cette époque déjà, ce qui aurait dû conduire à son acquittement. En toute hypothèse, les faits reprochés concernant la violation de domicile relevaient du cas bagatelle. Sans antécédent spécifique pour cette infraction, le sursis lui avait été accordé avec raison.

d. Dans ses lignes du 26 septembre 2016, le Tribunal de police conclut au rejet de l'appel.

e. Par courriers du 8 novembre 2016, auxquels elles n'ont pas réagi, les parties ont été informées que la cause était retenue à juger sous dizaine.

D. A_____ est né le _____ 1974 en Algérie. Selon ses déclarations, il est célibataire, sans domicile fixe et sans enfant, au bénéfice d'un diplôme de mécanicien obtenu dans son pays d'origine. Il a fui la guerre après l'accomplissement de son service militaire et est arrivé en 1996 en Suisse, d'où il n'est jamais reparti malgré le rejet de

sa demande d'asile. Sa mère ainsi que ses frères et sœurs habitent toujours en Algérie et en Tunisie. Il n'a aucun projet d'avenir et vit au jour le jour.

Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, il a été condamné :

- le 18 avril 2013, à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 30.- l'unité avec sursis durant trois ans ainsi qu'à une amende de CHF 300.-, pour séjour illégal (du 1^{er} janvier 2008 au 17 avril 2013) et contravention à la LStup ;

- le 11 octobre 2013, à une peine privative de liberté de 90 jours, pour séjour illégal (du 18 avril 2013 au 10 octobre 2013) ;

- le 14 mai 2014, à une peine privative de liberté de 60 jours, ainsi qu'à une amende de CHF 300.-, pour séjour illégal (du 19 avril 2014 au 13 mai 2014), délit et contravention à la LStup, étant précisé que cette ordonnance révoquait le sursis accordé le 18 avril 2013 ;

- le 4 décembre 2014, à une peine privative de liberté de trois mois, pour séjour illégal (du 15 mai 2014 au 3 décembre 2014) ;

- le 21 avril 2016, à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 10.- l'unité, pour violation de domicile et séjour illégal (du 25 novembre 2015 au 20 avril 2016).

Le 7 mai 2015, le TAPEM a prononcé sa libération conditionnelle dès le lendemain (délai d'épreuve d'un an, le solde non exécuté étant de deux mois et 19 jours), au motif notamment qu'il voulait se rendre à Paris pour retrouver sa sœur, prête à l'aider et l'héberger. Le délai d'épreuve a été prolongé le 21 avril 2016 pour six mois.

E. M^e C_____, défenseur d'office de A._____, dépose un état de frais faisant mention d'une activité de six heures et 30 minutes au tarif horaire de CHF 200.-.

EN DROIT :

1. L'appel et l'appel joint sont recevables pour avoir été interjetés et motivés selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 s. et 401 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) notamment, la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f).

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

2. A teneur de l'art. 19a al. 1 LStup, celui qui, sans droit, aura consommé intentionnellement des stupéfiants ou celui qui aura commis une infraction à l'art. 19 pour assurer sa propre consommation est passible de l'amende. Au vu des éléments du dossier, cette infraction est réalisée, ce qui n'est au demeurant pas contesté par l'appelant joint. Le jugement sera dès lors confirmé sur ce point.
3. **3.1.** Aux termes de l'art. 186 CP, se rend coupable de violation de domicile notamment celui qui, d'une manière illicite et contre la volonté de l'ayant droit, aura pénétré dans une habitation ou un local fermé.

Selon la jurisprudence, la notion de domicile doit être comprise de manière large et vise non seulement les habitations au sens commun, mais également les fabriques, les centres commerciaux et les bâtiments administratifs (ATF 108 IV 33 consid. 5a p. 39).

L'auteur doit encore agir de manière illicite. L'illicéité de l'acte implique que l'auteur s'oppose à la volonté de l'ayant droit. Elle fait défaut lorsque ce dernier donne son accord ou si l'auteur est au bénéfice d'un motif justificatif (ATF 83 IV 154 consid. 1 p. 157).

Sur le plan subjectif, la violation de domicile est intentionnelle, le dol éventuel étant toutefois suffisant. Non seulement l'auteur doit pénétrer ou rester volontairement, mais il faut encore qu'il veuille ou accepte que ce soit sans droit et contre la volonté de l'ayant droit ou l'injonction de sortir donnée par celui-ci (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, Berne 2010, n° 45 ss *ad* art. 186 CP).

3.2. En l'espèce, A_____ a pénétré dans un magasin COOP alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée de deux ans, valablement notifiée et signée le 10 novembre 2014, faits constitutifs de violation de domicile.

Entendu à plusieurs reprises, l'appelant a d'abord admis savoir être interdit de pénétrer dans le magasin, sans penser que l'achat de deux bières entraînait cette interdiction, pour ensuite contester sa notification formelle de sorte qu'il ne pouvait en connaître la fin, et ce malgré sa signature. Compte tenu de ces variations, cette explication apparaît de pure circonstance.

Fort de ce constat, la thèse de la négligence avancée par l'appelant joint ne saurait être retenue. La première version n'est pas davantage de nature à le disculper, l'interdiction d'entrée n'étant assortie d'aucune exception, ce que l'appelant savait. Le verdict de culpabilité sera ainsi confirmé.

4. **4.1.1.** L'article 115 al. 1 let. b LEtr réprime le comportement de quiconque séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour autorisé. En l'occurrence, le recourant ne conteste pas s'être trouvé en séjour illicite mais invoque son impunissabilité du fait que l'infraction à la loi fédérale sur les étrangers serait le seul délit commis.

4.1.2. Par arrêté fédéral du 18 juin 2010, l'Assemblée fédérale a approuvé la reprise de la Directive sur le retour en tant que développement de l'acquis de Schengen (RO 2010 5925). Les juridictions suisses doivent ainsi faire leur possible pour mettre en œuvre la jurisprudence européenne relative à cette directive (arrêts du Tribunal fédéral 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.1 ; 6B_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.4).

La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) a précisé que les ressortissants de pays tiers ayant, outre le délit de séjour irrégulier, commis un ou plusieurs autres délits, pouvaient le cas échéant, en vertu de l'art. 2 par. 2 let. b de la Directive sur le retour, être soustraits au champ d'application de cette directive (arrêt du 6 décembre 2011 C-329/11 *Achughbabian*, ch. 41). Le Tribunal fédéral a déduit de cette jurisprudence que la Directive sur le retour n'était pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui ont commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs autres délits en dehors du droit pénal sur les étrangers (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1189/2015 du 13 octobre 2016 consid. 2 et 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.2).

Au regard de cette jurisprudence et compte tenu du fait que l'appelant joint a été reconnu coupable de violation de domicile, il y a lieu d'admettre que la Directive sur le retour ne lui est pas applicable de sorte que la question de l'absence de mise en œuvre d'une procédure administrative tendant au renvoi forcé ne se pose pas et que le séjour est punissable.

Le jugement de première instance sera dès lors confirmé sur ce point également.

5. **5.1.** Les infractions de violation de domicile et de séjour illégal sont punies d'une peine privative de liberté de trois ans, respectivement d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire ; celle à l'art. 19a ch. 1 LStup de l'amende.

5.2. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

5.3. Le séjour illégal est un délit continu. La condamnation en raison de ce délit opère une césure, de sorte que le fait de perpétuer la situation irrégulière après le jugement constitue un acte indépendant permettant une nouvelle condamnation à raison des faits non couverts par le premier jugement, en conformité avec le principe *ne bis in idem* (ATF 135 IV 6 consid. 3.2 p. 9 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1226/2013 du 31 mars 2014 consid. 1.1).

En vertu du principe de la culpabilité sur lequel repose le droit pénal, les peines prononcées dans plusieurs procédures pénales en raison de l'effet de césure ne peuvent dépasser la peine maximale prévue par la loi pour l'infraction en question (ATF 135 IV 6 consid. 4.2 p. 11 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1226/2013 du 31 mars 2014).

Pour prononcer une nouvelle condamnation en raison d'un délit continu et pour fixer la peine sans égard à la durée de l'infraction déjà prise en compte dans un jugement antérieur, il faut que l'auteur, après la première condamnation, prenne une nouvelle décision d'agir, indépendante de la première. En l'absence d'une telle décision, et lorsque la situation irrégulière qui doit faire l'objet d'un nouveau jugement procède de la même intention que celle qui a présidé aux faits déjà jugés, la somme des peines prononcées à raison du délit continu doit être adaptée à la culpabilité considérée dans son ensemble et ne pas excéder la peine maximale prévue par la loi (*ibidem*).

L'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr étant un délit continu, les peines prononcées de ce chef dans plusieurs procédures ne peuvent dépasser la peine maximale arrêtée par cette disposition (ATF 135 IV 6 consid. 4.2 p. 11 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1226/2013, du 31 mars 2014 consid. 1.1).

5.4. 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*, 3e 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. 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).

5.5. D'après l'art. 49 al. 1 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. En revanche, lorsque la loi pénale ne prévoit pas le même genre de peine pour toutes les infractions, l'art. 49 al. 1 CP ne s'applique pas et les peines doivent être prononcées cumulativement (ATF 137 IV 57 consid. 4.3 p. 58 ss).

A teneur de l'art. 49 al. 2 CP, 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.

La condamnation à une peine d'ensemble au sens de l'art. 49 al. 1 CP n'est pas possible si les sanctions ne sont pas du même genre. Ces dernières doivent être prononcées de manière cumulative, car le principe de l'absorption s'applique seulement aux peines du même genre. Il en va de même en cas de concours rétroactif au sens de l'art. 49 al. 2 CP. Il est par conséquent exclu de prononcer une peine privative de liberté, à titre de peine complémentaire, à une peine pécuniaire ordonnée précédemment (ATF 137 IV 57 consid. 4.3.1).

5.6.1. 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 (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185).

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_787/2014 du 27 novembre 2014 consid. 1.1, 6B_709/2013 du 27 janvier 2014 consid. 2 et 6B_234/2010 du 4 janvier 2011 consid. 4.1.1).

5.6.2. 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 (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185 s. ; 134 IV 1 consid. 4.2.1 p. 5).

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).

5.7. Si, durant le délai d'épreuve, le détenu libéré conditionnellement commet un crime ou un délit, le juge qui connaît de la nouvelle infraction ordonne sa réintégration dans l'établissement (art. 89 al. 1 CP).

La raison principale de l'échec de la mise à l'épreuve est la commission d'un crime ou d'un délit pendant le délai d'épreuve. La nouvelle infraction doit revêtir une certaine gravité, à savoir être passible d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire (cf. art. 10 CP). La quotité de la peine qui frappe le crime ou le délit dans le cas concret est sans pertinence (arrêt du Tribunal fédéral 6B_663/2009 du 19 octobre 2009 consid. 1.2).

Selon l'article 89 al. 2 CP, le juge peut renoncer à réintégrer dans l'établissement de détention le détenu libéré conditionnellement ayant commis un nouveau crime ou délit, s'il n'y a pas lieu de craindre que celui-ci commette d'autres infractions. L'échec de la mise à l'épreuve au sens de cette disposition suppose la commission d'un crime ou d'un délit, laissant présager que le détenu libéré conditionnellement ne s'en tiendrait pas là (Message concernant la modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire, ainsi qu'une loi régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998 ; FF 1998 1787). Un tribunal devait décider de la réintégration en procédant à une "projection comportementale dans l'avenir", excluant une "infraction accidentelle" comme indice d'échec (FF 1998 1929).

Pour la doctrine, la commission d'un nouveau crime ou d'un nouveau délit ne constitue qu'un des facteurs à considérer, le pronostic quant à la capacité de l'intéressé à vivre de manière conforme à la loi dans le futur devant à nouveau être établi (G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, 2e éd., Berne 2006, § 5 n. 95 p. 164).

Par sa nature même, le pronostic à émettre ne saurait être tout à fait sûr ; il doit suffire de pouvoir raisonnablement conjecturer que le détenu ne commettra pas de nouvelles infractions (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1034/2013 du 31 mars 2014 consid. 2.1 ; ATF 98 Ib 106 consid. 1b p. 107). Pour émettre son pronostic, le juge doit se livrer à une appréciation d'ensemble de tous les éléments pertinents. Outre les

faits relatifs à la nouvelle infraction, il doit tenir compte du passé et de la réputation de l'accusé ainsi que de tous les éléments qui donnent des indices sur le caractère de l'auteur et sur ses perspectives de resocialisation. Pour apprécier le risque de récidive, il est indispensable de se fonder sur une image globale de la personnalité de l'auteur. Les facteurs déterminants sont ainsi les antécédents pénaux, la biographie sociale, les rapports de travail, l'existence de liens sociaux, les risques d'addiction, etc. Dans l'émission du pronostic, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1034/2013 du 31 mars 2014 consid. 2.1, 6B_663/2009 du 19 octobre 2009 consid. 1.2 et 6B_303/2007 du 6 décembre 2007 consid. 6).

Si, en raison de la nouvelle infraction, les conditions d'une peine privative de liberté ferme sont réunies et que celle-ci entre en concours avec le solde de la peine devenu exécutoire à la suite de la révocation, le juge prononce, en vertu de l'art. 49 CP, une peine d'ensemble (art. 89 al. 6 CP). Il ne doit pas se contenter de cumuler les deux peines (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *Code Pénal, Petit commentaire*, n. 13 ad art. 89).

5.8.1. En l'espèce, la faute de l'intimé doit être qualifiée de moyenne, dans la mesure où il s'obstine à séjourner en Suisse sans droit malgré ses précédentes condamnations, faisant ainsi preuve d'un mépris patent de l'ordre juridique suisse. A cet égard, son argument selon lequel ses précédentes condamnations auraient été prononcées en violation du droit ne peut être retenu. La Cour de céans est liée par ces décisions entrées en force, si bien qu'il ne lui appartient pas de revoir leur légalité.

L'intimé n'a eu que faire de l'interdiction d'entrée dans les magasins COOP dont il fait l'objet, agissant par pure convenance personnelle.

La collaboration à la procédure ne peut être qualifiée de bonne, dès lors que l'appelant joint est revenu sur ses aveux initiaux au fur et à mesure de l'instruction.

Sa situation personnelle précaire n'est pas un facteur à décharge, dans la mesure où elle est la conséquence de son refus de quitter un pays où il séjourne illégalement.

Aucune prise de conscience par l'intéressé du caractère répréhensible de son comportement n'est perceptible et les condamnations dont il a fait l'objet n'ont eu aucun effet dissuasif, nonobstant le prononcé de peines privatives de liberté de plusieurs mois. Il a d'ailleurs récidivé deux jours après le jugement entrepris s'agissant de la violation de domicile, entrant dans le même magasin COOP et continue à séjourner en Suisse sans droit.

Vu la répétition de délits de même genre, cumulée aux contraventions à la LStup et au refus explicite l'intimé de retourner volontairement dans son pays, alors même que sa demande d'asile a été rejetée, le pronostic ne peut qu'être défavorable. A cela

s'ajoute une situation précaire qui augmente encore le risque de commission de nouvelles infractions. Par conséquent, seule une peine ferme apparaît adéquate.

Compte tenu de la situation personnelle et financière de l'intimé et de son imperméabilité à la sanction pénale, une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général est inenvisageable. Les conditions pour le prononcé d'une courte peine privative de liberté sont ainsi réunies.

Les infractions retenues entrent en concours (art. 49 al.1 CP), ce qui justifie une augmentation de la peine pour l'infraction la plus grave, en l'occurrence la violation de domicile, passible d'une peine privative de liberté de trois ans, dans une juste proportion.

Il convient de préciser que le présent séjour illégal ne relève pas d'une intention délictuelle différente des cas précédents, l'appelant ayant résidé en Suisse sans interruption depuis une vingtaine d'année. La quotité de la peine privative de liberté doit dès lors être fixée en tenant également compte des peines déjà subies par l'appelant en raison d'infractions à la LEtr. L'examen du casier judiciaire de l'appelant joint conduit la CPAR à évaluer à 330 jours (peines pécuniaires et peines privative de liberté confondues) la somme des peines déjà encourues sanctionnant le séjour illégal, soit un total en deçà de la peine menacée d'un an prévue par la loi. Par conséquent, le plafond fixé par la jurisprudence n'est pas encore atteint.

Il n'y a pas lieu de prononcer une peine complémentaire au sens de l'art. 49 al. 2 CP en raison de la condamnation du 21 avril 2016, la sanction prononcée à ce titre étant une peine pécuniaire, soit d'un genre différent.

Eu égard à l'ensemble des éléments pertinents, la violation de domicile appelle une peine de l'ordre de 30 jours. Cette peine doit ensuite être augmentée pour tenir compte de la violation de la LEtr, préoccupante du point de vue de la prise de conscience, d'où en définitive une peine adéquate de 60 jours.

5.8.2. Dans la mesure où l'intimé a commis de nouveaux délits dans le délai d'épreuve d'un an que lui avait fixé le TAPEM au moment de l'octroi de sa libération conditionnelle le 8 mai 2015 (prolongé par la suite), il y a lieu de se prononcer encore sur son éventuelle révocation.

Considérant qu'il a récidivé immédiatement après sa sortie de prison pour des infractions de même type, après avoir été condamné à plusieurs peines privatives de liberté, ne concrétisant de surcroît pas le projet avancé dans sa demande de libération conditionnelle, le pronostic se présente sous un jour très défavorable. Vu la durée de la période pénale, la récidive ne constitue pas un cas bagatelle, et démontre au contraire le mépris par l'appelant joint de la législation suisse en vigueur. Le

prononcé d'une peine ferme seule s'avère également insuffisante pour détourner l'appelant de la commission de nouvelles infractions. La révocation de la libération conditionnelle s'impose.

Conformément à l'art. 89 al. 6 CP, les conditions d'une peine privative de liberté étant réunies s'agissant des nouvelles infractions, et celle-ci entrant en concours avec le solde de deux mois et 19 jours devenu exécutoire compte tenu de la révocation de la libération conditionnelle, l'appelant joint sera condamné à une peine d'ensemble, qui ne saurait être fixée par le simple cumul mathématique des deux peines à prendre en considération.

Une peine d'ensemble de 130 jours de privation de liberté paraît dès lors appropriée. Le jugement entrepris sera réformé sur ce point.

5.9. L'amende de CHF 100.-, qui sanctionne la consommation de stupéfiants, est mesurée et a été fixée conformément aux critères légaux, de sorte qu'elle sera maintenue, tout comme la peine privative de liberté de substitution.

6. Vu l'issue de la procédure, les conclusions de l'appelant joint tendant à son indemnisation seront rejetées.
7. L'intimé, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'Etat, comprenant un émolument de CHF 1'500.- (art. 428 CPP et 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010 [RTFMP ; E 4 10.03]).
8. **8.1.** Les frais imputables à la défense d'office sont des débours (art. 422 al. 2 let. a CPP) qui constituent des frais de procédure (art. 422 al. 1 CPP) et doivent, conformément à l'art. 421 al. 1 CPP, être fixés par l'autorité pénale dans la décision finale au plus tard (ATF 139 IV 199 consid. 5.1 p. 201-202). La juridiction d'appel est partant compétente, au sens de l'art. 135 al. 2 CPP, pour statuer sur l'activité postérieure à sa saisine.

8.2.1. Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. S'agissant d'une affaire soumise à la juridiction cantonale genevoise, l'art. 16 du règlement sur l'assistance juridique du 28 juillet 2010 (RAJ ; E 2 05.04) s'applique.

Cette dernière disposition prescrit que l'indemnité, en matière pénale, est calculée selon le tarif horaire de CHF 200.- pour un chef d'étude (let. c). En cas d'assujettissement, l'équivalent de la TVA est versé en sus.

8.2.2. À teneur de la jurisprudence, est décisif pour fixer la rémunération de l'avocat, le nombre d'heures nécessaires pour assurer la défense d'office du prévenu (arrêt du Tribunal fédéral 2C_509/2007 du 19 novembre 2007 consid. 4). Pour fixer cette indemnité, l'autorité doit tenir compte de la nature et de l'importance de la cause, des difficultés particulières que celle-ci peut présenter en fait et en droit, du temps que l'avocat lui a consacré, de la qualité de son travail, du nombre des conférences, audiences et instances auxquelles il a pris part, du résultat obtenu ainsi que de la responsabilité assumée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_810/2010 du 25 mai 2011 consid. 2 et les références citées).

8.2.3. Reprenant l'activité de taxation suite à l'entrée en vigueur du CPP, la CPAR a maintenu dans son principe l'ancienne pratique selon laquelle l'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure était forfaitairement majorée de 20% jusqu'à 30 heures de travail, 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.

8.3. En l'occurrence, considéré dans sa globalité, l'état de frais produit par le défenseur d'office paraît adéquat et conforme aux principes qui précèdent. L'indemnité sera arrêtée à CHF 1'684.80, correspondant à six heures et 30 minutes d'activité au tarif horaire de CHF 200.-, majoration forfaitaire de 20% et équivalent de la TVA au taux de 8% en CHF 124.80 inclus.

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel et l'appel joint formés par le Ministère public et A_____ contre le jugement JTDP/355/2016 rendu le 19 avril 2016 par le Tribunal de police dans la procédure P/16321/2015.

Rejette l'appel de A_____ et admet celui du Ministère public.

Annule ce jugement dans la mesure où il condamne A._____ à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 10.- l'unité avec sursis durant deux ans, sans révocation de la libération conditionnelle.

Et statuant à nouveau :

Révoque la libération conditionnelle accordée à A_____ par le Tribunal d'application des peines et des mesures de Genève le 7 mai 2015 (solde de peine de deux mois et 19 jours).

Condamne A_____ à une peine privative de liberté d'ensemble ferme de 130 jours, sous déduction de trois jours de détention avant jugement.

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

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

Arrête à CHF 1'684.80, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M^e C_____, défenseur d'office de A_____.

Notifie le présent arrêt, aux parties.

Le communique, pour information, à l'instance inférieure, à la Prison de Champ-Dollon et à l'Office cantonal de la population et des migrations et à l'autorité inférieure.

Siégeant :

Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, présidente ; Madame Yvette NICOLET et Madame Valérie LAUBER, juges ; Madame Léonie CHEVRET, greffière-juriste.

La greffière :

Melina CHODYNIECKI

La présidente :

Alessandra CAMBI FAVRE-
BULLE

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 (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 du 19 mars 2010 (LOAP; RS 173.71), 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 Bellinzona).

P/16321/2015

ÉTAT DE FRAIS

AARP/530/2016

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 687.00

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

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 00.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 200.00

Procès-verbal (let. f) CHF 00.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 1'500.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 1'775.00

Total général (première instance + appel) : CHF **2'462.00**