

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/16339/2017

AARP/177/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 13 juin 2018

Entre

A _____, domicilié c/o B _____, _____, comparant par M^c C _____, avocat,

appelant,

intimé sur appel joint,

contre le jugement JTDP/1701/2017 rendu le 13 décembre 2017 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,

appelant joint,

intimé sur appel principal.

EN FAIT :

A. a. Par courrier expédié le 20 décembre 2017, A_____ a annoncé appeler du jugement du 12 décembre précédent, dont les motifs lui ont été notifiés le 31 janvier 2018, par lequel le Tribunal de police l'a déclaré coupable de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 [LEtr - RS 142.20] et de contravention à l'art. 19a de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121), l'a condamné à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 20.- l'unité, sous déduction de deux jours-amende, correspondant à autant de jours de détention avant jugement, assortie du sursis, délai d'épreuve de trois ans, et à une amende de CHF 100.- (peine privative de liberté de substitution d'un jour), a ordonné diverses mesures de confiscation/ destruction/restitution et l'a condamné aux frais de la procédure, par CHF 1'273.-, y compris un émolument global de jugement de CHF 900.-.

b. Par la déclaration d'appel prévue à l'art. 399 al. 3 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0), expédiée le 20 février 2018 à la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : CPAR), A_____ conclut à son acquittement du chef d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr. S'agissant de l'infraction à l'art. 19a LStup, il conteste le prononcé d'une peine pécuniaire et sa quotité (*sic*), ainsi que le prononcé d'une amende et son montant. "*Cela étant*", il conclut à l'application de l'art. 52 CP.

c. Le Ministère public forme appel joint et conclut au prononcé d'une peine privative de liberté de 40 jours et d'une amende de CHF 300.-.

d. Selon ordonnance pénale du 10 août 2017, valant acte d'accusation, il est ou était reproché à A_____ d'avoir, à Genève :

- du 21 mars 2013, lendemain de sa dernière condamnation jusqu'au 9 août 2017, jour de son interpellation, séjourné sur le territoire suisse sans être au bénéfice des autorisations nécessaires et en étant démuné d'un passeport valable ;
- le 9 août 2017, à la rue _____, acquis et détenu une boulette de cocaïne d'un poids de 0,7 gr destinée à sa consommation personnelle.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. A_____ a fait l'objet d'une décision de renvoi et a été placé en détention administrative le 27 mars 2014, en vue de son expulsion vers l'Algérie. Il a toutefois refusé de monter dans l'avion. Il était sous le coup d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse, valable du 18 août 2015 au 11 mai 2017, et une telle décision était

prochainement attendue du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), aux dires de l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM).

b. A_____ a été interpellé le 9 août 2017 à 18h15 après que la police l'eût observé, à la rue _____, en train d'acquérir des stupéfiants. Il était en possession de 0,7 gr de cocaïne et démuné de tout document officiel attestant de son identité.

A_____ a expliqué avoir acheté à un inconnu cette boulette de cocaïne pour sa propre consommation, à raison de quelques prises de 0,5 gr par mois.

Il était venu en Suisse, plus précisément à Genève, en 2009 ou 2011 pour travailler. Il y habitait avec son amie intime depuis sept ans, B_____, avec laquelle il souhaitait se marier. Il n'avait jamais eu d'autorisation de séjour. Il possédait un passeport algérien qu'il gardait caché, pour une raison et à un endroit qu'il refusait de divulguer. Si on l'expulsait, il se couperait la tête.

c. Le 10 août 2017, B_____ s'est d'elle-même présentée à la police. Entendue en qualité de prévenue, elle a déclaré qu'elle avait fait la connaissance de A_____ en novembre 2009, dans un café du _____ où ils s'étaient vus à plusieurs reprises et il l'avait un peu draguée. Elle l'avait hébergé dès le mois de janvier 2010, alors qu'il était gravement malade et se trouvait à la rue. Ils s'étaient mis ensemble à cette époque et vivaient depuis un "*amour parfait*". Elle subvenait à tous les besoins de son compagnon. Elle savait qu'il était en situation irrégulière en Suisse. Elle reconnaissait avoir facilité son séjour illégal et souhaitait se marier civilement avec lui en Suisse. Ils étaient pour ce faire en contact avec l'ambassade algérienne pour renouveler le passeport de A_____, échu depuis une dizaine d'années.

d. A_____ a motivé son opposition du 20 août 2017 en invoquant l'application de l'art. 52 CP. Il n'avait jamais menti sur sa situation en Suisse et des démarches étaient en cours pour régulariser sa situation administrative et pour son prochain mariage.

e. Entendu le 6 septembre 2017 par le Ministère public, A_____ a précisé qu'il avait contacté les autorités algériennes une semaine auparavant, afin d'obtenir un passeport. Il était en contact avec ces autorités depuis 2015. Il avait perdu tous ses documents d'identité. Les démarches entreprises par le passé en vue de son mariage avec B_____ avaient échoué en raison de la caducité de son passeport. Il en attendait un nouveau pour déposer derechef une demande, ce projet étant toujours d'actualité. D'autres documents devaient lui parvenir pour compléter le dossier demandé par l'Etat civil. Il était exact que sa compagne subvenait à ses besoins.

f. En première instance :

f.a. B_____ a confirmé ses déclarations à la police. Elle avait divorcé le 29 octobre 2015, mais fait ménage commun avec A_____ depuis janvier 2010. Tous deux avaient entrepris des démarches en vue de mariage à l'été 2017. Auparavant, après son divorce, elle était "*allée voir à la mairie*". Ils avaient commandé des papiers d'Algérie, lesquels s'étaient perdus. En été 2017, ils avaient déposé un dossier pour renouveler le passeport, puis étaient retournés au consulat. On leur avait alors donné des explications différentes des précédentes. Il apparaissait désormais que les autorités algériennes attendaient le dépôt d'un dossier en vue de mariage en Suisse avec le passeport périmé, puis que leur soit présentée une attestation des autorités suisses disant que le passeport n'était pas valable. En l'état, les autorités algériennes refusaient d'accorder un nouveau passeport à A_____, ce qui à sa connaissance était un problème généralisé. Elle n'en avait pas parlé à l'OCPM et ne savait plus ce qu'il fallait faire, entre aller à la mairie ou à l'OCPM.

Tous deux avaient fait des démarches auprès de la mairie antérieurement au 9 août 2017. Elle était en possession des formulaires mais n'avait pas pu les déposer car la personne qui les recevait s'était énervée à cause des documents d'identité qui lui étaient présentés et avait "*piqué une crise*". Ils étaient partis avec l'impression que les employés de la Mairie des _____ faisaient barrage aux gens qui se présentaient. La carte d'identité de A_____ était valable.

Elle confirmait sa volonté de poursuivre les démarches en vue de ce mariage.

f.b. A_____ a produit le dispositif du jugement de divorce de B_____ du 29 octobre 2015.

Il contestait l'infraction à la LEtr. Il n'avait en l'état pas de papiers pour rester en Suisse. Il avait approché la mairie, mais on lui avait dit que son passeport était périmé, d'où des démarches auprès du consulat d'Algérie, dont il attendait la réponse, pour en obtenir un nouveau. Il n'avait pas de justificatif relatif à cette procédure. Il avait fait l'objet d'un renvoi forcé en 2014 et n'avait pas fait de démarches en vue de mariage avec sa compagne auparavant dans la mesure où elle n'était pas encore divorcée.

C. a. A_____ a adressé à la CPAR, en annexe à un courrier de son conseil du 27 avril 2018, un formulaire de demande d'autorisation de séjour en vue de mariage, daté du 16 avril 2018 et un complément du 26 avril suivant. Il se prévaut des conditions au regroupement familial telles que prévues à l'art. 42 al. 1 LEtr, manifestement réunies selon lui.

b. La CPAR a ordonné des débats.

b.a.a. A_____ précise les conclusions de sa déclaration d'appel en ce sens qu'il conteste l'infraction à la LEtr. Il sollicite l'exemption de peine au sens de l'art. 52 CP pour la contravention à l'art. 19a LStup.

b.a.b. Au titre de question préjudicielle, il demande la nomination d'office de M^e C_____, lequel estime la durée de l'activité déployée en appel à 4h et conclut à une indemnisation a due concurrence sur la base de l'art. 429 al. 1 let. a CPP pour le cas où il ne serait pas nommé défenseur d'office.

b.a.c. A_____ a expliqué qu'il se trouvait en détention administrative avant la tentative de renvoi vers l'Algérie en 2014. On l'avait conduit en fourgon à l'aéroport où il avait attendu une trentaine de minutes dans une cellule avant que trois policiers lui annoncent qu'ils allaient le conduire à l'avion. Il leur avait dit refuser de partir sur quoi, une trentaine de minutes plus tard, il avait été relâché dans l'aéroport. Il n'avait depuis lors plus eu de nouvelles au niveau administratif.

Il produisait de nouvelles pièces relatives aux démarches entreprises auprès de l'OCPM en vue de son mariage, dont deux courriers du 27 avril 2018 lui demandant, ainsi qu'à sa future épouse, d'indiquer par écrit sous 30 jours, notamment les circonstances de leur rencontre, la nature et la fréquence de leurs contacts et le moment où étaient apparus les projets de mariage.

Par son conseil, A_____ a le 4 juin 2018 annoncé à l'OCPM une prochaine correspondance devant contenir les réponses à ces questions, courrier auquel était joint le formulaire "Demande d'attestation B", daté du 29 mai 2018, avec la mention "En vue de mariage".

Selon ledit conseil, les pièces produites prouvaient les démarches entreprises en vue de mariage depuis août 2017, projets corroborés par la future épouse. A_____, qui n'avait pas menti à cet égard, avait rencontré beaucoup de difficultés avec le consulat algérien. Le fait qu'il eût été convoqué le 18 mai 2018 pour le relevé de ses empreintes digitales prouvait que l'OCPM était entré en matière sur sa demande. A_____ ne sortait pas de chez lui car il était constamment l'objet de contrôles. Le Ministère public se contredisait en demandant sa condamnation pour infraction à l'art. 115 LEtr puisqu'il l'avait acquitté d'infraction à l'art. 119 LEtr dans la P/1_____/2016, soit pour infraction à la même loi, ce qui violerait donc le principe *ne bis in idem*. Il n'y avait eu aucune démarche en vue de son renvoi depuis 2014. Les conditions objectives et subjectives d'une infraction à l'art. 115 let. b LEtr n'étaient pas réalisées. On faisait le procès d'une femme plus âgée qui voulait épouser un étranger.

Sa consommation occasionnelle de cocaïne était sans danger pour autrui. Il fallait tenir compte de sa situation personnelle précaire et faire preuve de clémence en l'exemptant de peine.

b.b. Le Ministère public persiste dans les conclusions de son appel joint et, en conséquence, demande le prononcé d'une peine privative de liberté de substitution de trois jours pour l'amende.

Une peine pécuniaire assortie du sursis était exclue compte tenu des quatre condamnations de A_____ pour faits spécifiques, dont trois à des peines privatives de liberté. Alors que la présente procédure avait débuté en août 2017 et malgré les annonces faites au fur et à mesure de son déroulement, A_____ n'avait entrepris des démarches concrètes en vue de son mariage que bien après l'audience de première instance, nonobstant le divorce de sa future épouse en octobre 2015 déjà. Les pièces versées devant la CPAR attestaient encore qu'il tardait à régulariser sa situation administrative puisque la demande de permis B datait du 29 mai 2018 seulement et qu'il n'avait pas pris la peine de répondre dans le délai imparti aux questions de l'OCPM sur la nature de ses relations avec sa future épouse. En tout état, la période pénale était antérieure à ces démarches, l'infraction à l'art. 115 let. b LEtr, à ne pas confondre avec celle à l'art. 119 LEtr, étant partant réalisée. A_____ s'étant opposé à son renvoi, 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 (2008/115/CE ; Directive sur le retour) ne trouvait pas application.

Le pronostic était défavorable en présence de quatre condamnations pour faits spécifiques et de démarches en vue de régularisation de son statut dont il ne pouvait être reconnu qu'elles étaient efficaces. Sa situation personnelle était en tous points semblable à celle prévalant depuis le début de sa relation avec B_____, ce qui n'avait pas empêché A_____ de commettre en particulier des infractions contre le patrimoine. Il convenait de prononcer une peine en conformité avec ses antécédents et sa situation personnelle actuelle. Une peine pécuniaire n'aurait aucun effet dissuasif dans la mesure où, sa compagne pourvoyant intégralement à son entretien, serait en premier lieu pénalisée.

L'art. 19a LStup sanctionnait précisément la consommation de stupéfiants de sorte qu'il n'était pas question d'une exemption de peine au sens de l'art. 52 CP. Le montant de l'amende devait être augmenté à CHF 300.- pour tenir compte d'une consommation de cocaïne, sur une longue période.

c. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience avec l'accord des parties.

d. La CPAR a versé à la procédure après l'audience, avec l'accord des parties, les ordonnances du Ministère public des 7 avril et 10 mai 2017, dans le cadre de la P/1_____/2016, la première concernant le classement d'une infraction contre les mœurs et la condamnation de A_____ pour infraction à l'art. 119 LEtr et la seconde, sur opposition, prononçant le classement de cette seconde infraction.

D. A_____ est de nationalité algérienne, né le _____ 1972 à _____ [Algérie], célibataire et sans enfant. Il est venu en Suisse entre 2009 et 2010 pour y travailler. Il a indiqué être allé à l'école pendant neuf ans et avoir une formation de _____ diplômé. Il dit ne rien faire de ses journées et rester à la maison.

Selon son casier judiciaire suisse, il a été condamné :

- le 10 juin 2011, par le Ministère public, à une peine pécuniaire de 40 jours-amende à CHF 30.-, sursis révoqué le 31 juillet 2011, pour vol et séjour illégal ;
- le 13 juin 2011, par le Ministère public, à une peine privative de liberté de 40 jours, pour vol, dommages à la propriété et séjour illégal ;
- le 31 juillet 2011, par le Ministère public, à une peine privative de liberté d'ensemble de quatre mois, pour vol, dommages à la propriété, recel et séjour illégal ;
- le 20 mars 2013, par le Tribunal de police, à une peine privative de liberté de deux mois (peine d'ensemble des suites de la révocation de la libération conditionnelle accordée dès le 31 octobre 2011), pour séjour illégal.

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, 399 et 400 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 inéquitable (art. 404 al. 2 CPP).

2. **2.1.** Hormis les cas de défense obligatoire, la direction de la procédure compétente au stade considéré (art. 133 al. 1 CPP) ordonne une défense d'office si le prévenu ne dispose pas des moyens nécessaires et que l'assistance d'un défenseur d'office est justifiée pour sauvegarder ses intérêts (art. 132 al. 1 let. b CPP). Ainsi, lorsque le prévenu est indigent, la défense d'office aux fins de protéger ses intérêts se justifie notamment lorsque l'affaire n'est pas de peu de gravité et qu'elle présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne pourrait pas surmonter (art. 132 al. 2 CPP). Ces deux conditions sont cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral

1B_66/2017 du 31 mars 20175 consid. 2.1 et la référence). Pour évaluer si l'affaire présente des difficultés que le prévenu ne pourrait pas surmonter sans l'aide d'un avocat, il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances concrètes (ATF 128 I 225 consid. 2.5.2 p. 232; arrêt du Tribunal fédéral 1B_257/2013 du 28 octobre 2013 consid. 2.1 = SJ 2014 I 273). La nécessité de l'intervention d'un conseil juridique doit ainsi reposer sur des éléments objectifs, tenant principalement à la nature de la cause, et sur des éléments subjectifs, fondés sur l'aptitude concrète du requérant à mener seul la procédure. La jurisprudence impose de se demander si une personne raisonnable et de bonne foi – qui présenterait les mêmes caractéristiques que le requérant mais disposerait de ressources suffisantes – ferait ou non appel à un avocat. Pour apprécier la difficulté subjective d'une cause, il faut aussi tenir compte des capacités du prévenu, notamment de son âge, de sa formation, de sa plus ou moins grande familiarité avec la pratique judiciaire, de sa maîtrise de la langue de la procédure (ATF 128 I 225 précité; arrêts du Tribunal fédéral 1B_203/2014 du 2 octobre 2014 consid. 2.1; 1B_257/2013 du 28 octobre 2013 consid. 2.1 = SJ 2014 I 273 et 1B_412/2011 du 13 septembre 2011 consid. 3.2) et des mesures qui paraissent nécessaires, dans le cas particulier, pour assurer sa défense, notamment en ce qui concerne les preuves qu'il devra offrir (ATF 115 Ia 103 consid. 4 p. 105). En tout état de cause, une affaire n'est pas de peu de gravité lorsque le prévenu est passible d'une peine privative de liberté de plus de quatre mois ou d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende (art. 132 al. 3 CPP).

2.2. A titre préjudiciel, M^e C_____, conseil juridique de choix de l'appelant, sollicite sa nomination d'office pour la procédure d'appel.

Le 25 août 2017, une telle nomination a été refusée par le Ministère public au motif que la cause était de peu de gravité (art. 132 al. 2 *a contrario* CPP), vu la peine privative de liberté de 40 jours et l'amende de CHF 300.- prononcées par ordonnance pénale du 10 août 2017, décision qui n'a pas fait l'objet d'un recours.

M^e C_____ ne fait état d'aucun fait nouveau susceptible de conduire à une autre appréciation en instance d'appel, le jugement de première instance, fût-il non définitif, venant d'ailleurs conforter la décision prise par le Ministère public en matière d'assistance juridique, eu égard à la peine encourue.

La cause ne présente par ailleurs pour l'appelant pas de difficulté particulière s'agissant, pour la cinquième fois, de sa mise en cause pour séjour illégal en Suisse, ce qu'il est parfaitement en mesure de comprendre, de même qu'une consommation illégale de stupéfiants, reconnue. Il conteste certes la première de ces infractions, en s'appuyant toutefois sur des démarches postérieures à la période pénale en cause, entreprises avec l'aide de son conseil en vue d'une régularisation de son statut en Suisse, ce qui n'est pas l'objet de la présente procédure.

Les conditions pour la désignation d'un avocat d'office ne sont ainsi pas réalisées davantage au stade de l'appel.

3. **3.1.1** À teneur de l'art. 115 al. 1 LEtr, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, quiconque contrevient aux dispositions sur l'entrée en Suisse prévues à l'art. 5 LEtr (let. a) ou y séjourne illégalement (let. b).

3.1.2. Par arrêté fédéral du 18 juin 2010 (RO 2010 5925), la Suisse a repris la Directive sur le retour. Pour le Tribunal fédéral, il convient d'appliquer l'art. 115 LEtr en considération de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : la CJUE) relative à cette directive, sans quoi la participation de la Suisse à Schengen pourrait être menacée (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1172/2014 du 23 novembre 2015 ; 6B_525/2014 du 9 octobre 2014 consid. 1.1 et les références citées ; 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1 ; 6B_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.1 à 1.4).

La Directive sur le retour définit à son art. 3 par. 2 le "séjour irrégulier" comme : "la présence sur le territoire d'un Etat membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du code frontières Schengen, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet Etat membre".

3.2. C'est vainement que l'appelant, de nationalité algérienne, conteste encore sa culpabilité du chef de séjour illégal alors qu'il a vécu en Suisse, ce qu'il reconnaît, pour la période pénale allant du 21 mars 2013 au 9 août 2017, démuné de toute autorisation de séjour et bien que faisant l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse, valable du 18 août 2015 au 11 mai 2017, soit durant la quasi-totalité de la période en cause. Son renvoi en Algérie était possible, au terme d'une détention administrative, mais il s'y est opposé en 2014 au moment de rejoindre l'avion.

Ses démarches initiées en vue de mariage avec une Suissesse sont bien postérieures à la période pénale visée et partant sans conséquence sur sa culpabilité.

Enfin, le principe *ne bis in idem* ne saurait être violé par le classement d'une infraction à l'art. 119 LEtr dans la P/1_____/2016, laquelle ne se confond pas avec une infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr. Ces deux dispositions, fussent-elles consacrées par la même loi, sanctionnent des comportements distincts.

Le jugement de première instance sera partant confirmé.

4. **4.1.1.** La réforme du droit des sanctions entrée en vigueur le 1er janvier 2018 marque globalement un durcissement (Message relatif à la modification du Code pénal et du Code pénal militaire du 4 avril 2012, FF 2012 4385 ss ; M. DUPUIS / L.

MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI [éds], *Code pénal - Petit commentaire*, 2ème éd., Bâle 2017, Rem. pré. *ad* art. 34 à 41, n. 2 ss). La peine pécuniaire est désormais de trois jours au moins et jusqu'à 180 jours (art. 34 al. 1 CP). Le montant du jour-amende est arrêté à CHF 30.- au moins et à CHF 3'000.- au plus, sous réserve de circonstances exceptionnelles justifiant la réduction à CHF 10.- (art. 34 al. 2 CP). La peine privative de liberté est de trois jours au moins et de vingt ans au plus, sous réserve d'une peine privative de liberté à vie lorsque la loi le prévoit expressément (art. 40 CP). Le prononcé d'une peine privative de liberté même courte est possible, si elle paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée, sans que les conditions du sursis doivent être exclues, comme le prévoit l'art. 41 al. 1 CP. Si le sursis n'est guère remanié pour ce qui concerne la peine privative de liberté, il ne s'applique plus, à titre de sursis partiel, pour ce qui concerne la peine pécuniaire et ne s'applique plus au travail d'intérêt général, qui devient une modalité d'exécution d'une peine privative de liberté de six mois au plus, d'un solde de peine de six mois au plus après imputation de la détention avant jugement, ou d'une peine pécuniaire ou d'une amende (art. 79a CP). À titre de sanction immédiate, le juge peut, en sus du sursis, prononcer une amende (art. 42 al. 4 CP) (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI [éds], *op. cit.*, Rem. pré. *ad* art. 34 à 41 CP, n. 5).

À l'aune de l'art. 2 CP, cette réforme du droit des sanctions est moins favorable à la personne condamnée qui pourra ainsi revendiquer l'application du droit en vigueur au 31 décembre 2017 si les actes qu'il a commis l'ont été sous l'empire de ce droit. (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI [éds], *op. cit.*, Rem. pré. *ad* art. 34 à 41 CP, n. 6).

4.1.2. 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).

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

peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 142 IV 137 consid. 9.1 p. 147 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; ATF 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 p. 61 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_1428/2016 du 3 octobre 2017 consid. 4.1 ; 6B_326/2016 du 22 mars 2017 consid. 4.1).

4.1.3. Ces principes valent aussi pour le choix entre plusieurs sanctions possibles, et non seulement pour la détermination de la durée de celle qui est prononcée. Que ce soit par son genre ou sa quotité, la peine doit être adaptée à la culpabilité de l'auteur. Le type de peine, comme la durée de celle qui est choisie, doivent être arrêtés en tenant compte de ses effets sur l'auteur, sur sa situation personnelle et sociale ainsi que sur son avenir. L'efficacité de la sanction à prononcer est autant décisive pour la détermination de celle-ci que pour en fixer la durée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_611/2014 du 9 mars 2015 consid. 4.2). Les peines privatives de liberté ne doivent être prononcées que lorsque l'État ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. 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 (ATF 134 IV 97 consid. 4.2 p. 100 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1249/2014 du 7 septembre 2015 consid. 1.2).

4.1.4. Lorsque des motifs de prévention spéciale permettent de considérer qu'une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général seraient d'emblée inadaptés, l'autorité peut prononcer une peine privative de liberté de courte durée (arrêts du Tribunal fédéral 6B_341/2017 du 23 janvier 2018 consid. 1.1 ; 6B_1030/2016 du 2 février 2017 consid. 2.2.2 ; 6B_372/2017 du 15 novembre 2017 consid. 1.1 ; 6B_889/2015 du 30 mai 2016 consid. 4.3).

Le prononcé d'un travail d'intérêt général n'est justifié qu'autant que l'on puisse au moins prévoir que l'intéressé pourra, cas échéant après l'exécution, poursuivre son évolution en Suisse. En effet, la réparation en faveur de la collectivité locale ainsi que le maintien du réseau social de l'intéressé sont l'essence même de la peine de travail d'intérêt général. Lorsqu'il est d'avance exclu que l'étranger demeure en Suisse, ce but ne peut être atteint. Aussi, lorsqu'au moment du jugement déjà, le condamné ne dispose d'aucun droit de demeurer, fût-ce provisoirement (arrêt du Tribunal fédéral 6B_128/2011 du 14 juin 2011 consid. 3.5.3), 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 et est donc exclu (ATF 134 IV 97 consid. 6.3.3.4 p. 110 ; arrêts du Tribunal

fédéral 6B_525/2014 du 9 octobre 2014 consid. 2 ; 6B_709/2013 du 27 janvier 2014 consid. 2).

4.1.5. 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 ; 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). Une série d'infractions semblables pèse plus lourd que des actes de nature différente. Les condamnations passées perdent de leur importance avec l'écoulement du temps (ATF 135 IV 87 consid. 2 p. 89).

4.2.1. Aux termes de l'art. 41 al. 1 aCP, 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.

4.2.2.1. À teneur de l'art. 106 CP, sauf disposition contraire de la loi, le montant maximum de l'amende est de CHF 10'000.- (al. 1). Celle-ci, de même que la peine privative de liberté de substitution, doit être fixée en tenant compte de la situation de l'auteur afin que la peine corresponde à la faute commise (al. 3). À l'instar de toute autre peine, l'amende doit donc être fixée conformément à l'art. 47 CP (arrêts du Tribunal fédéral 6B_337/2015 du 5 juin 2015 consid. 4.1 ; 6B_988/2010 du 3 mars 2011 consid. 2.1 et 6B_264/2007 du 19 septembre 2007 consid. 4.5). Le juge doit ensuite, en fonction de la situation financière de l'auteur, fixer la quotité de l'amende de manière qu'il soit frappé dans la mesure adéquate (ATF 129 IV 6 consid. 6.1 in JdT 2005 IV p. 215 ; 119 IV 330 consid. 3 p. 337). La situation économique déterminante est celle de l'auteur au moment où l'amende est prononcée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_547/2012 du 26 mars 2013 consid. 3.4 et les références).

4.2.2.2. Le législateur a expressément renoncé à prévoir un taux légal de conversion, estimant qu'un système trop rigide pouvait poser des problèmes, tout en admettant qu'en pratique, un taux de conversion standardisé était susceptible de s'imposer pour les cas habituels (Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs [FF 1999 1952]).

Un jour de peine privative de liberté de substitution (art. 106 al. 2 CP) correspond schématiquement à CHF 100.- d'amende (R. ROTH / L. MOREILLON [éds], *Code pénal I : art. 1-100 CP*, Bâle 2009, n. 19 art. 106), taux de conversion généralement

appliqué et admis par la jurisprudence. Le juge doit toutefois pouvoir s'écarter de cette solution, surtout lorsqu'il tient compte dans la fixation du montant de l'amende de la situation financière de la personne condamnée, comme l'exige le texte légal, alors que la fortune de l'auteur ne devrait pas avoir d'influence dans la fixation de la peine privative de liberté de substitution. Si le juge doit ainsi adapter le montant de l'amende à la faute commise mais aussi aux ressources du condamné, afin de frapper de manière comparable les fortunés et les démunis, il doit pouvoir en faire abstraction dans la fixation de la peine privative de liberté de substitution (cf. dans ce sens M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar Strafrecht I : Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz*, 2e éd., Bâle 2007, n. 9-10, ad art. 106).

4.3. Selon l'art. 52 CP, si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte – conditions cumulatives – sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à lui infliger une peine. Si les conditions indiquées à l'art. 52 CP sont réunies, l'exemption par le juge est de nature impérative (ATF 135 IV 130 consid. 5.3.2 p. 135). Si elles ne sont réalisées qu'en instance de jugement, un verdict de culpabilité est rendu, mais dépourvu de sanction (ATF 135 IV 130 consid. 5.3.2 p. 135).

L'exemption de peine suppose que l'infraction soit de peu d'importance, tant au regard de la culpabilité de l'auteur que du résultat de l'acte. L'importance de la culpabilité et celle du résultat dans le cas particulier doivent être évaluées par comparaison avec celle de la culpabilité et celle du résultat dans les cas typiques de faits punissables revêtant la même qualification ; il ne s'agit pas d'annuler, par une disposition générale, toutes les peines mineures prévues par la loi (Message concernant la modification du code pénal suisse [dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal] et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 p. 1871).

4.4.1. De jurisprudence constante, 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 de quitter la Suisse et de rentrer légalement dans son pays d'origine, 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 (ATF 130 II 56 consid. 4.1.3 p. 61 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_372/2016 du 22 mars 2017 consid. 2 et les références). En effet, le principe de la faute suppose la liberté de pouvoir agir autrement (ATF 143 IV 249 consid. 1.6.1 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 2.1).

D'après le Tribunal fédéral, la Directive sur le retour n'exclut pas l'application des dispositions pénales nationales lorsque les autorités administratives ont entrepris toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour, mais que la procédure de retour a échoué en raison du comportement de l'intéressé (ATF 143 IV

249 consid. 1.6.2 et les références ; arrêts du Tribunal fédéral 1B_422/2016 du 7 décembre 2016 consid. 2.2 ; 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.3 et 2.2).

4.4.2. La Directive sur le retour ne s'oppose pas à ce que le droit pénal suisse réprime le séjour illégal lorsqu'une procédure de retour est mise en œuvre. En ce sens, elle ne s'oppose pas à ce que le séjour illégal soit érigé en infraction. Sur le plan de la sanction, une application de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr conforme à la Directive sur le retour et à la jurisprudence européenne impose qu'il soit renoncé à prononcer et à exécuter une peine privative de liberté lorsque l'intéressé en séjour illégal fait l'objet d'une décision de renvoi et que les mesures nécessaires pour procéder à l'éloignement n'ont pas encore été mises en œuvre. C'est la solution adoptée par l'arrêt du Tribunal fédéral le plus récent qu'il convient de suivre (arrêt du Tribunal fédéral 6B_106/2016 du 7 décembre 2016). En revanche, le prononcé d'une peine pécuniaire n'est pas incompatible avec la Directive sur le retour, pour autant qu'elle n'entrave pas la procédure de retour. Une telle sanction ne nécessite pas, à teneur de la jurisprudence européenne rendue à ce jour, que toutes les mesures nécessaires au renvoi aient préalablement été mises en œuvre. En cela, il y a lieu de s'écarter de la solution retenue dans l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1172/2014 du 23 novembre 2015 (ATF 143 IV 249 consid. 1.9).

Ainsi, si la procédure de renvoi n'a pas été menée jusqu'à son terme par les autorités administratives, ce n'est pas le prononcé d'une peine pécuniaire qui l'a entravée. Cette sanction ne s'oppose dès lors pas à la Directive sur le retour et à la jurisprudence européenne rendue en la matière (arrêt du Tribunal fédéral 6B_308/2016 du 15 mai 2017 consid. 3.2 = SJ 2018 I 109).

4.4.3. Il est vrai que l'Algérie n'accepte pas le retour de ses ressortissants par vols spéciaux (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_525/2014 du 9 octobre 2014 consid. 1.2). Les renvois sous la contrainte à destination de l'Algérie sont néanmoins possibles, lorsque le rapatriement est effectué sur des vols de ligne (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1072/2015 du 21 décembre 2015 consid. 3.3 ; rapport du Conseil fédéral du 30 octobre 2012 en réponse au postulat du Conseiller national Hugues Hiltbold [11.3689], Migration en provenance de pays nord-africains (et du Yémen) - Situation en Suisse). En outre, les autorités compétentes algériennes établissent régulièrement des laissez-passer pour les personnes dont l'identité et la nationalité algérienne ont été confirmées (arrêts du Tribunal fédéral 6B_106/2016 du 7 décembre 2016 consid. 1.4.1 et 2C_1072/2015 du 21 décembre 2015 consid. 3.3).

4.5. En l'espèce, la faute de l'appelant n'est pas négligeable. Il persiste en effet à séjourner en Suisse sans être au bénéfice des autorisations nécessaires, depuis 2011, nonobstant quatre condamnations pour faits spécifiques. La période pénale dans la présente procédure est très longue, à savoir plus de quatre ans.

Sur cette dernière période, l'appelant s'est obstiné à rester en Suisse alors même qu'il faisait l'objet d'une décision d'interdiction d'entrer en Suisse, valable du 18 août 2015 au 11 mai 2017. Auparavant, il a été placé en détention administrative, en mars 2014, et a refusé de monter dans l'avion devant le ramener en Algérie, ce qui dénote d'un mépris particulier des lois en vigueur sur le séjour des étrangers. L'inexécution du renvoi en Algérie est ainsi le fait du seul comportement de l'intéressé (cf. ATF 143 IV 249 consid. 1.6.2 et les références).

L'appelant a agi par pure convenance personnelle. Il ne faut pas sous-estimer le préjudice pour la collectivité du séjour illégal, y compris au plan matériel, puisque cela mobilise constamment les nombreux acteurs appelés à le réprimer.

La collaboration du prévenu est médiocre. Il plaide encore en appel l'indéfendable s'agissant du séjour illégal et banalise sa consommation de drogue dure.

Il n'y a aucune manifestation sérieuse d'une prise de conscience. À cet égard, même si les pièces versées à la procédure font preuve de démarches concrètes en vue d'un mariage avec la personne qui le loge depuis des années, force est de constater que de telles démarches auraient pu être entreprises dès octobre 2015 déjà, où "*l'amour parfait*" était de mise aux dires de la femme qui veut l'épouser et recevait son jugement de divorce d'un premier mari.

Quand bien même sa situation administrative serait régularisée dans un avenir plus ou moins proche, la culpabilité de l'appelant n'en reste pas moins importante pour n'avoir entrepris aucune de ces démarches jusqu'au mois d'avril 2018, n'ayant au demeurant rempli la demande d'autorisation de séjour en vue de mariage que quelques jours avant l'audience d'appel et n'ayant pas donné les réponses attendues par l'OCPM s'agissant des circonstances de sa rencontre avec sa future épouse et de la nature de leur relation, questions pourtant élémentaires, dans le délai de 30 jours, largement suffisant pour ce faire, imparti par l'OCPM le 27 avril 2018.

Ainsi les projets de régularisation par mariage, certes désormais documentés, mais n'ayant en l'état reçu aucune réponse favorable des autorités ne sont d'aucun secours à l'appelant pour le passé, compte tenu de la longue période de son séjour illégal en Suisse et dans la mesure où on discerne mal ce qui les aurait empêchés au plus tard dès novembre 2015 déjà. Ainsi, s'il existe désormais une réelle volonté de l'appelant de régler sa situation administrative, ladite régularisation ne lui est pas encore acquise. Il subsiste ainsi un risque de récidive très concret d'infraction contre la LEtr tant que tel n'est pas le cas.

Les antécédents, dont l'appelant ne semble avoir tiré aucune leçon, sont nombreux. Il n'a pas su saisir les chances données par le prononcé d'une peine pécuniaire assortie du sursis pour sa première condamnation, pas plus que d'une libération

conditionnelle en octobre 2011. Les trois condamnations suivantes, à des peines privatives de liberté, n'ont pas été plus dissuasives. L'appelant a ainsi fait preuve d'une volonté délictuelle marquée en réitérant des infractions similaires à celles pour lesquelles il a déjà effectué des séjours en prison. Le pronostic se présente sous un jour clairement défavorable.

En l'absence de toute source de revenu licite, une peine pécuniaire ne saurait constituer une sanction adéquate, étant précisé que l'appelant n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse et dépend de l'aide de sa compagne, laquelle serait en définitive la seule punie. Cette sanction est au demeurant inadaptée, vu le défaut d'efficacité préventive des peines privatives de liberté précédemment prononcées, tout comme des précédentes interpellations.

Il en va de même du travail d'intérêt général, qui est exclu lorsque, comme en l'occurrence, il n'existe aucune garantie qu'après l'exécution, l'appelant puisse poursuivre, même provisoirement, son évolution en Suisse.

Ainsi, seule une peine privative de liberté entre en ligne de compte, laquelle n'est pas de nature à retarder son renvoi en Algérie, auquel il s'oppose fermement, étant relevé qu'il peut être considéré que les autorités administratives ont entrepris les démarches nécessaires, vainement, dans ce but. Une quotité de 40 jours, telle que d'emblée requise par le Ministère public, apparaît adaptée à sa culpabilité.

L'appel du Ministère public sera en conséquence admis.

4.6. L'amende de CHF 100.-, dont la quotité est remise en cause par le Ministère public, apparaît adéquate à la faute commise dans la mesure où elle ne sanctionne pas la consommation régulière de cocaïne reconnue par l'appelant, mais sa seule acquisition de 0.7 gr dans ce but, telle que retenue dans l'ordonnance pénale valant acte d'accusation (principe de la maxime accusatoire). Elle est également adaptée à sa situation financière précaire.

En revanche, la peine privative de liberté de substitution sera fixée à trois jours, pour tenir compte de la faute commise.

L'appelant a demandé à être exempté de l'amende sous l'angle de l'art. 52 CP. Une exemption de peine ne saurait trouver application dans le cadre de cette contravention, sous peine de vider de toute substance l'art. 19a LStup qui précisément vise à sanctionner le simple consommateur de stupéfiants, en l'occurrence de drogue dure. On discerne au demeurant mal la justification d'une exemption de peine vu l'attitude en l'espèce du prévenu qui banalise une telle consommation, à raison de plusieurs fois par mois.

L'appel du Ministère public sera partiellement admis et le jugement entrepris modifié dans le sens qui précède.

5. L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État (art. 428 CPP).
6. Pour cette même raison, ses conclusions en indemnisation (art. 429 al. 1 let. a CPP) seront rejetées.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel et l'appel joint formés par A_____ et le Ministère public contre le jugement JTDP/1701/2017 rendu le 13 décembre 2017 par le Tribunal de police dans la procédure P/16339/2017.

Rejette l'appel de A_____.

Admet partiellement l'appel joint du Ministère public.

Annule le jugement entrepris dans la mesure où il condamne A_____ à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 20.- l'unité et à une peine privative de liberté de substitution de un jour à l'amende de CHF 100.-.

Et statuant à nouveau :

Condamne A_____ à une peine privative de liberté de 40 jours, sous déduction de deux jours de détention avant jugement.

Prononce une peine privative de liberté de substitution de trois jours à l'amende de CHF 100.-.

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

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

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, à l'instance inférieure, à l'Office cantonal de la population et des migrations, au Secrétariat d'Etat aux migrations et au Service des contraventions.

Siégeant :

Madame Valérie LAUBER, présidente; Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE et Monsieur Pierre BUNGENER, juges ; Madame Sophie SCHNEITER, greffière-juriste.

La greffière :

Florence PEIRY

La présidente :

Valérie LAUBER

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.

P/16339/2017

ÉTAT DE FRAIS

AARP/177/2018

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 1'273.00

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 220.00

Procès-verbal (let. f) CHF 40.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 1'500.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 1'835.00

Total général (première instance + appel) : CHF **3'108.00**