

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/18760/2015

AARP/268/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 28 août 2018

Entre

A _____, sans domicile connu, comparant par M^e B _____, avocate,

appelant,

contre le jugement JTDP/1347/2017 rendu le 19 octobre 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,

intimé.

EN FAIT :

A. a. Par courriers expédiés les 25 et 30 octobre 2017, le Ministère public et A_____ ont annoncé appeler du jugement rendu le 19 octobre 2017, dont les motifs leur ont été notifiés les 17 et 23 avril 2018, par lequel le Tribunal de police a reconnu A_____ 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]), l'a condamné à une peine pécuniaire de 180 jours-amende, sous déduction de cinq jours de détention subie avant jugement, à CHF 10.- l'unité, et a mis les frais de la procédure à sa charge par CHF 1'534.-, lesquels comprennent un émolument de jugement complémentaire de CHF 600.-.

b.a. Par acte déposé au greffe de la Chambre pénale d'appel et de révision (CPAR) le 14 mai 2018, A_____ forme la déclaration d'appel prévue à l'art. 399 al. 3 du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0), concluant au prononcé d'une peine plus clémente.

b.b. Le Ministère public n'a pas déposé de déclaration d'appel dans le délai imparti.

c. Par ordonnance pénale du 12 janvier 2017, valant acte d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir, à Genève, du 7 au 10 septembre 2015, du 20 au 24 novembre 2015 et le 13 janvier 2016, pénétré sur le territoire suisse et d'y avoir séjourné alors qu'il n'était pas en possession d'un passeport valable, ni au bénéfice des autorisations nécessaires et qu'il faisait l'objet de deux interdictions d'entrée en Suisse, notifiées les 26 novembre 2012 et 9 mars 2015 et valables du 2 novembre 2012 au 1^{er} novembre 2015, respectivement du 2 novembre 2015 au 1^{er} mars 2018.

B. La CPAR entend se référer aux faits retenus par le Tribunal de police, non contestés en appel (art. 82 al. 4 CPP), et expose au surplus ce qui suit :

a. A_____ a déposé une demande d'asile en Suisse le 24 juin 2012, laquelle a fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière le 9 août 2012, entrée en force le 4 septembre suivant. Son transfert vers l'Italie est intervenu le 7 novembre 2014, au terme d'une procédure Dublin. Deux décisions d'interdiction d'entrée en Suisse lui ont été notifiées le 26 novembre 2012, respectivement le 9 mars 2015, pour les périodes citées dans l'acte d'accusation.

b.a. Le 10 septembre 2015, A_____, démunie de document d'identité, a été appréhendée au passage de frontière de _____ dans un bus des Transports publics genevois (TPG) circulant en direction de _____, en France. La P/18760/2015 a été ouverte à son encontre.

b.b. A_____ a contesté avoir signé une interdiction d'entrée. Il était venu en Suisse trois jours auparavant pour préparer avec son avocat une affaire en cours. Il avait dépensé les CHF 100.- qu'il avait sur lui à son arrivée et avait dormi dehors les deux dernières nuits. Il souhaitait loger chez un ami en France jusqu'à la tenue de l'audience de jugement prévue pour fin septembre 2015.

c.a. En date du 24 novembre 2015, A_____ a été interpellé lors d'un contrôle à _____. Il était en possession d'une carte d'identité italienne valable du 16 septembre 2015 au 5 avril 2026, uniquement sur ce territoire (P/1_____/2015).

c.b. A_____ a contesté avoir séjourné en Suisse sans les autorisations nécessaires et a exposé être revenu en Suisse le 20 septembre 2015, n'avoir pas signé de document d'interdiction d'entrée, n'avoir pas d'adresse fixe et bénéficiaire de l'aide des services sociaux à Genève.

d.a. Le 13 janvier 2016, A_____ a été arrêté lors d'un contrôle à _____. Il était en possession de la carte d'identité italienne précitée (P/2_____/2016).

d.b. A_____ a reconnu avoir fait l'objet d'une mesure d'interdiction d'entrée en 2012 qui n'était plus valable, avant de refuser de répondre aux questions qui lui étaient posées.

e. Le Ministère public a procédé à la jonction des trois procédures pénales précitées sous la P/18760/2015.

f. L'arrêt de la CPAR dans la procédure P/3_____/2014 (cf. *infra* let. D), qui n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, a été versé en copie à la présente procédure.

Il en ressort que la police a notifié une décision d'interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 1^{er} mars 2018 à A_____ lors de son interpellation le 9 mars 2015.

g. Devant le Ministère public :

g.a. Les 12 et 14 janvier 2016 (P/1_____/2015 et P/18760/2015), A_____ a déclaré qu'il s'était rendu en Suisse à la demande de son précédent avocat le 7 septembre et non le 20 septembre 2015. Bien que l'interdiction d'entrée en Suisse ne lui eût pas été notifiée, il était au courant de son existence. Il contestait la peine qu'il estimait excessivement sévère. Il logeait à l'abri PC _____, vivait de l'aide sociale et souhaitait rester en Suisse.

Une copie de son permis de séjour italien, valable du 22 janvier 2015 au 28 avril 2016, a été versée à la procédure.

g.b. Le 25 avril 2017, interrogé sur les trois procédures pénales ouvertes à son encontre, il a persisté à contester la peine qu'il jugeait excessive. Il n'avait pas réussi à quitter la Suisse après l'audience du 12 janvier 2016. Il vivait en Italie, était sans emploi, ni revenu, mais pouvait travailler et tenter de s'acquitter d'une peine pécuniaire.

Des copies de son permis de séjour et de son titre de voyage italiens, valables du 27 avril 2016 au 19 juillet 2018 et du 16 février 2017 au 19 juillet 2018, ont été versées au dossier.

h. En première instance, A_____ n'a contesté que la peine. Il dormait chez sa compagne suisse, avec laquelle il souhaitait se marier. Il n'avait pas d'emploi et devait compter sur l'aide de ses amis.

C. a. Par ordonnance présidentielle du 6 juin 2018, la CPAR a ouvert une procédure écrite avec l'accord des parties.

b.a. A teneur de ses écritures, A_____ persiste dans les conclusions de sa déclaration d'appel.

La peine prononcée par le premier juge était disproportionnée au vu de sa situation personnelle. En septembre 2015, il n'avait pas eu d'intention délictuelle. Il était venu en Suisse uniquement pour préparer son audience de jugement prévue pour le 28 septembre 2015 et avait prévu de loger chez un ami en France jusqu'à cette date. Il était maintenant en possession d'un titre de voyage et d'un permis de séjour italiens. Afin de régulariser sa situation administrative en Suisse, il était en train d'entreprendre des démarches en vue de mariage. Une peine plus clémente aurait ainsi moins d'impact sur ces démarches et serait plus en phase avec sa situation économique et administrative, ses intentions étant positives et en conformité avec le droit.

b.b. M^e B_____ indique qu'en appel, son activité comprend 1h au tarif de cheffe d'étude de CHF 400.-/heure, ainsi que 3h au tarif de stagiaire.

c. Le Tribunal de police ainsi que le Ministère public concluent au rejet de l'appel.

Selon ce dernier, le premier juge aurait dû prononcer une peine privative de liberté au vu des nombreuses récidives de A_____ et de sa situation économique précaire qui laissait craindre que la peine pécuniaire ne pût être exécutée. La peine ainsi prononcée paraissait plutôt clémente.

d. Les parties ont été informées par courriers de la CPAR du 23 juillet 2018, auxquels elles n'ont pas réagi, que la cause serait gardée à juger sous dizaine.

- D. A _____ est né le _____ 1991 en Guinée, pays dont il est ressortissant et où il a été scolarisé durant cinq ans. Ses parents sont décédés et sa sœur vit en _____. Il est célibataire et sans enfant. Il indique avoir travaillé dans les champs et avoir suivi une formation dans _____ en Italie.

Il a été condamné à cinq reprises en Suisse depuis le 6 octobre 2012 pour des entrées et séjour illégaux ainsi que pour délit à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup ; RS 812.121). Le 29 octobre 2013, il a été condamné par le Ministère public à une peine privative de liberté de 180 jours. Le 23 juin 2016, date de sa dernière condamnation, il a été condamné par la CPAR à une peine privative de liberté de 45 jours, pour séjour illégal du 9 novembre 2014 au 9 mars 2015 notamment (P/3_____/2014).

EN DROIT :

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

En l'absence de dépôt de déclaration d'appel, l'appel du Ministère public est irrecevable.

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

2. **2.1.** 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*). A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (*Täterkomponente*), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale

(ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20).

2.2. Le droit des sanctions en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018 est moins favorable en relation avec la fixation de la quotité et du montant du jour-amende (cf. art. 34 nCP et art. 2 CP). En l'espèce cependant, faute d'appel du Ministère public, l'appelant ne risque pas de majoration de sa peine en application de l'interdiction de la *reformation in peius*. L'art. 42 al. 2 CP du nouveau droit est d'autre part plus favorable dans l'hypothèse présente puisque la peine ne dépasse pas six mois. Le nouveau droit s'applique ainsi au cas d'espèce.

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

En règle générale, le jour-amende est de 30 francs au moins et de 3000 francs au plus. Il peut exceptionnellement, si la situation personnelle et économique de l'auteur l'exige, être réduit jusqu'à 10 francs. Le juge en fixe le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (al. 2).

2.4. Conformément à l'art. 42 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1). Si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de plus de six mois, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (al. 2).

2.5. D'après l'art. 49 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 (al. 1). Si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (al. 2).

La fixation d'une peine d'ensemble n'est pas possible en cas de sanctions de genre différent. Ainsi, une peine privative de liberté ne peut être prononcée comme peine complémentaire d'une sanction pécuniaire. Ces dernières doivent être prononcées de manière cumulative, car le principe de l'absorption s'applique seulement aux peines

du même genre (ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2 p. 268 ; 137 IV 57 consid. 4.3.1 p. 58)

2.6.1. En l'occurrence, l'appelant ne conteste à juste titre pas sa culpabilité, dûment établie par les éléments du dossier, pour le chef d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, étant au demeurant relevé que la Directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Directive sur le retour 2008/115/CE) ne trouve pas application, dans la mesure où l'appelant a été renvoyé en Italie en novembre 2014, avant de revenir en Suisse de son plein gré.

2.6.2. Sa faute n'est pas anodine. L'appelant a persisté à retourner et séjourner en Suisse malgré son renvoi en Italie et les interdictions d'entrée qui lui ont été notifiées, ce qui témoigne d'un mépris de la législation en vigueur.

La collaboration de l'appelant a été médiocre au début de la procédure. Il a en effet nié la notification des décisions d'interdictions d'entrée en Suisse et le séjour illégal. Par la suite, il a toutefois reconnu les infractions reprochées et a uniquement contesté la peine. Sa prise de conscience semble ainsi s'être améliorée.

Ses antécédents sont nombreux et spécifiques et les différentes peines privatives de liberté fermes dont il a fait l'objet ne l'ont aucunement dissuadé de réitérer ses agissements illicites, que sa situation, certes précaire, ne saurait justifier. L'appelant allègue vouloir tenter de régulariser sa situation administrative par le biais d'un mariage avec une Suissesse. Cette affirmation n'est toutefois aucunement étayée, alors qu'il lui aurait été aisé de produire ne serait-ce qu'une attestation en ce sens. Ne réalisant en outre aucun revenu et étant dépendant du bon vouloir de ses amis, voire de l'aide sociale, le pronostic d'avenir ne peut être que défavorable, les conditions du sursis n'étant ainsi pas remplies.

Le genre de la peine lui est acquis en l'absence d'appel de la part du Ministère public (art. 391 al. 2 CPP), quand bien même le prononcé d'une peine privative de liberté eût été plus judicieux au vu de la situation de l'appelant. Il n'y a pas de concours réel rétrospectif, même partiel, avec la condamnation du 23 juin 2016 à une peine privative de liberté, dans la mesure où il s'agit d'une peine d'un genre différent.

Il reste que les périodes pénales de séjour illégal sont relativement courtes, contrairement aux quatre mois retenus dans l'arrêt du 23 juin 2016. Certes, les récidives sont nombreuses, mais il y a lieu de tenir compte des circonstances particulières liées à des contacts avec son conseil et la régularisation de son statut. S'ajoute à ces éléments le fait que, au-delà d'une situation économique défavorable, seules des violations à la LEtr ont été retenues à la charge de l'appelant, lequel n'a

apparemment pas eu recours à des moyens illicites pour assurer ses moyens d'existence. Dans ces circonstances, une peine pécuniaire de 90 jours-amende apparaît suffisante pour le détourner de la commission de nouvelles infractions. Le montant du jour-amende de CHF 10.-, qui tient adéquatement compte de la situation économique de l'appelant, lui est acquis.

Le jugement entrepris sera réformé en ce sens.

3. **3.1.** Selon les art. 426 al. 1 et 428 al. 1 CPP, les frais de la procédure de première instance et d'appel sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles succombent. Pour déterminer si une partie succombe ou obtient gain de cause, il faut examiner dans quelle mesure ses conclusions sont admises en deuxième instance (arrêts du Tribunal fédéral 6B_620/2016 du 17 mai 2017 consid. 2.1.1 ; 6B_136/2016 du 23 janvier 2017 consid. 4.1.2).

3.2.1. Compte tenu de la confirmation du verdict de culpabilité prononcé par le Tribunal de police, la peine n'ayant été que réduite, il n'y a pas lieu de revoir les frais fixés par le tribunal de première instance, à l'exception de l'émolument complémentaire qui ne sera pas mis à charge de l'appelant (art. 428 al. 3 CPP).

3.2.2. Au vu de l'issue de la procédure d'appel, les frais y relatifs seront laissés à la charge de l'Etat.

4. **4.1.1.** En vertu de l'art. 436 al. 2 CPP, lorsque ni un acquittement total ou partiel ni un classement ne sont prononcés, le prévenu peut prétendre à une juste indemnité dans la procédure de recours (*Rechtsmittelverfahren*) s'il obtient gain de cause "*sur d'autres points*", à savoir les points accessoires d'un jugement, soit par exemple lorsque le prévenu obtient une peine inférieure à celle infligée par le jugement de première instance (ACPR/41/2012 du 30 janvier 2012 ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO / JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 10 *ad* art. 436).

4.1.2. La Cour de justice applique au chef d'étude un tarif horaire de CHF 400.- (ACPR/282/2014 du 30 mai 2014), notamment si l'avocat concerné avait lui-même calculé sa prétention à ce taux-là (ACPR/377/2013 du 13 août 2013). Elle retient un taux horaire de CHF 150.- pour les avocats stagiaires (AARP/65/2017 du 23 février 2017 consid. 5.1).

4.2. En l'espèce, compte tenu de la réduction de la peine en seconde instance, une indemnité équitable sera accordée au prévenu pour ses frais de défense en appel.

C'est ainsi un montant de CHF 915.45, correspondant à 1h à CHF 400.-/heure et 3h à CHF 150.-/heure (CHF 850.-), plus la TVA de 7.7% (CHF 65.45), qui sera alloué à l'appelant.

5. En application de l'art. 442 al. 4 CPP, l'indemnité octroyée à l'appelant sera compensée, à due concurrence, avec les frais de procédure mis à sa charge.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Déclare irrecevable l'appel formé par le Ministère public contre le jugement JTDP/1347/2017 rendu le 19 octobre 2017 par le Tribunal de police dans la procédure P/18760/2015.

Reçoit l'appel formé par A_____ contre ledit jugement.

L'admet.

Annule ce jugement dans la mesure où il condamne A_____ à une peine pécuniaire de 180 jours-amende et à l'émolument de jugement complémentaire de CHF 600.-.

Et statuant à nouveau :

Condamne A_____ à une peine pécuniaire de 90 jours-amende.

Laisse l'émolument de jugement complémentaire à la charge de l'Etat.

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

Laisse les frais de la procédure d'appel à la charge de l'État.

Alloue à A_____, à charge de l'Etat de Genève, une somme de CHF 915.45, TVA comprise, à titre de juste indemnité pour ses frais de défense en appel.

Compense, à due concurrence, la créance de l'État de Genève en paiement des frais de première instance mis à sa charge avec l'indemnité de procédure qui lui est allouée pour ses frais de défense en appel.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, au Tribunal de police, à l'Office cantonal de la population et des migrations et au Secrétariat d'Etat aux migrations.

Siégeant :

Monsieur Jacques DELIEUTRAZ, président ; Monsieur Pierre MARQUIS et Madame Valérie LAUBER, juges.

La greffière :

Joëlle BOTTALLO

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 (1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière pénale.