

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/4640/2015

AARP/533/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 21 décembre 2016

Entre

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

appelant,

contre le jugement JTDP/109/2016 rendu le 5 février 2016 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 déclaration formée oralement le 5 février 2016, A_____ a annoncé appeler du jugement rendu le jour même, dans la cause P/4640/2015, dont les motifs lui ont été notifiés le 1^{er} juin 2016, par lequel le Tribunal de police l'a déclaré coupable d'infractions à l'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 privative de liberté de 90 jours, sous déduction de quatre jours de détention avant jugement, a ordonné la confiscation et la dévolution à l'Etat de la somme de CHF 250.- figurant sous chiffre 2 de l'inventaire du 18 juillet 2015 (art. 70 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP – RS 311.0]), la restitution des téléphones portables et de la somme de CHF 15.05 figurant sous chiffres 1 et 2 dudit inventaire, et la compensation à due concurrence des valeurs séquestrées au dépôt du prévenu (CHF 150.-) avec la créance de l'Etat envers l'intéressé résultant des frais de procédure (art. 422 al. 4 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 [CPP – RS 312.0]), et l'a condamné aux frais de la procédure, arrêtés à CHF 1'016.-, y compris un émolument global de CHF 900.-.

b. Par acte expédié le 21 juin 2016 à la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : CPAR), A_____ forme la déclaration d'appel prévue à l'art. 399 al. 3 CPP, en annonçant attaquer le jugement dans son ensemble et conclure à son acquittement.

c. Selon les ordonnances pénales des 11 mars et 19 juillet 2015, valant actes d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir séjourné sur le territoire suisse, démuné des autorisations nécessaires, de documents d'identité valables et de moyens de subsistance, respectivement du 10 mai 2014 au 10 mars 2015, ainsi que du 15 mars au 18 juillet 2015.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. Le 10 mars 2015, A_____, citoyen guinéen, a été interpellé dans la rue par la police. Dépourvu de papiers d'identité, il s'est refusé à toutes déclarations hors la présence d'un avocat.

b. Il ressort de l'extrait du Système d'information central sur la migration (ci-après : SYMIC) qu'A_____ est arrivé en Suisse le 13 juillet 2009 et a été attribué au canton

de Vaud. Sa demande d'asile a été rejetée le 11 mars 2010, décision confirmée sur recours et entrée en force le 28 juin 2010.

Dès le 2 août 2010, un soutien à l'exécution de son renvoi, passant par l'obtention de documents d'identité, a été mis en place par les autorités compétentes vaudoises. Un départ non contrôlé, prévu le 1^{er} mai 2012, n'a toutefois pas pu intervenir, faute d'obtention des papiers nécessaires. Aucune autre éventuelle démarche n'est mentionnée dans les extraits SYMIC versés au dossier.

c. A_____ a été relaxé le lendemain de son arrestation, après la notification de l'ordonnance pénale du 11 mars 2015, le condamnant, pour séjour irrégulier, à une peine privative de liberté de 90 jours, sous déduction d'un jour de détention avant jugement, et prononçant à due concurrence la compensation de la somme de CHF 150.- séquestrée avec les frais de la procédure (P/4640/2015).

d. Le 18 juillet 2015, A_____ a été réinterpellé dans la rue par la police, aux questions de laquelle il a refusé de répondre.

Il a été remis en liberté le lendemain, après notification de la seconde ordonnance pénale, le condamnant à une peine privative de liberté de 30 jours, sous déduction de deux jours de détention avant jugement, pour séjour irrégulier, et prononçant à concurrence de CHF 250.- la compensation de la somme séquestrée avec les frais de la procédure (P/13936/2015).

e. Entendu par le Ministère public le 5 mai 2015 dans le cadre de la procédure P/4640/2015, A_____ a déclaré que les autorités administratives avaient suspendu son renvoi en Guinée et qu'il était en train de régulariser sa situation en Suisse, une demande d'admission provisoire devant être déposée le jour-même.

Réentendu le 29 septembre 2015 dans le cadre de la procédure P/13936/2015, il a fait valoir qu'il y avait un problème en lien avec la période pénale, car en mars 2015, la Guinée était touchée par l'épidémie de maladie à virus Ebola, ce qui l'avait empêché d'y retourner. Il regardait actuellement comment il pouvait rentrer chez lui. La somme séquestrée devait lui être restituée, s'agissant de son unique moyen de subsistance.

f. A teneur d'un courriel de l'Office cantonal vaudois de la population et des migrations du 26 mai 2016, A_____ n'avait pu encore être expulsé de Suisse, malgré la décision de renvoi, faute de documents de voyage.

g. Les procédures P/13936/2015 et P/4640/2015 ont été jointes sous ce dernier numéro par le Tribunal de police.

h. Devant le premier juge, A_____ a confirmé qu'il était conscient du fait qu'il ne pouvait rester en Suisse, mais a reconnu n'avoir entamé aucune démarche pour quitter le pays, n'ayant nulle part où aller.

C. a. Avec l'accord des parties, la procédure écrite a été ordonnée.

b. Aux termes de son mémoire d'appel, A_____ soutient que les autorités administratives n'avaient entrepris aucune démarche en vue de son renvoi en Guinée, de sorte que c'était à tort que le premier juge ne l'avait pas mis au bénéfice de la Directive CE sur le retour (Directive 2008/115/CE), que la Suisse s'était engagée à appliquer. Il devait par conséquent être acquitté. Une indemnité de CHF 800.- plus intérêts devait par ailleurs lui être allouée à titre de réparation du tort moral résultant des quatre jours de détention subis avant jugement, de même qu'une somme de CHF 6'084.- couvrant ses frais d'avocat de première instance et d'appel.

c. Dans son mémoire-réponse, le Ministère public relève qu'A_____ a, dès l'annonce du rejet de sa demande d'asile, manifesté son intention de ne pas quitter le territoire suisse. Selon les informations obtenues du Service de la population du canton de Vaud le 28 septembre 2016, il avait été entendu, le 16 février 2011, par un représentant de Guinée, afin d'établir clairement son pays d'origine, entretien qui s'était révélé positif. Toutefois, après cette date, l'intéressé avait disparu, ce qui avait empêché que son renvoi puisse être mené à terme.

d. Le Tribunal de police n'a pas formulé d'observations.

e. Par courriers du 20 octobre 2016, auxquels elles n'ont pas réagi, les parties ont été informées que la cause serait gardée à juger sous quinzaine.

D. A_____ est né le _____ en Guinée.

Il a déclaré être célibataire et sans enfant et avoir, en Guinée, deux frères ainsi que ses parents. Il avait quitté ce pays en 2009 et était arrivé la même année en Suisse. Il n'avait pas de formation professionnelle et, depuis le rejet de sa demande d'asile, était hébergé par des amis qui pourvoyaient à son entretien.

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

- le 6 décembre 2013, par voie d'ordonnance pénale, à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 30.- l'unité, avec sursis (délai d'épreuve : trois ans), pour séjour illégal, entre le 16 octobre 2010 et le 6 décembre 2013, et contravention à l'art. 19a de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) ;
- le 3 janvier 2014, par voie d'ordonnance pénale, à une peine privative de liberté de 30 jours pour séjour illégal entre le 7 décembre 2013 et le 3 janvier 2014 ;
- le 20 juillet 2015, par la CPAR, à une peine privative de liberté de trois mois pour séjour illégal, du 3 janvier au 21 février 2014, puis du 23 février au 9 mai 2014, et infraction à l'art. 19 al. 1 LStup, le sursis accordé le 6 décembre 2013 ayant pour le surplus été révoqué.

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).
2. L'appelant estime que l'art. 115 al. 1 let. b LEtr ne lui est pas applicable.

2.1. A teneur de cette disposition, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, quiconque séjourne illégalement en Suisse.

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

En vertu des accords conclus entre la Guinée et la Suisse en matière de migration, ces deux Etats collaborent étroitement dans ce domaine et la Guinée ne s'oppose pas au retour de ses ressortissants, que celui-ci soit volontaire ou non (voir le Procès-verbal du comité technique guinéo-suisse en matière de retour et de réintégration de ressortissants guinéens en situation illégale en Suisse du 4 novembre 2004

[RS 0.142.113.819] et l'accord de coopération en matière de migration entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Guinée du 14 octobre 2011, non encore entré en vigueur, mais déjà appliqué selon les informations fournies par l'ODM).

Toutefois, en raison de l'épidémie d'Ebola, l'ODM a décidé, en date du 7 novembre 2014, de suspendre les renvois de demandeurs d'asile déboutés vers la Sierra Leone, la Guinée et le Liberia (voir arrêt du Tribunal administratif fédéral E_6379/2014 du 17 novembre 2014), suspension qui a pris fin le 19 août 2015. Les départs volontaires restaient possibles durant toute la période précitée.

2.1.2. 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), intégrée au droit suisse par l'arrêté fédéral du 18 juin 2010 (RO 2010 5925) et la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne y relative (arrêt du 28 avril 2011 C-61/11 PPU El Dridi), posent par ailleurs le principe selon lequel une peine d'emprisonnement pour séjour illégal ne peut être prononcée que si la procédure administrative de renvoi a été menée à son terme sans succès et que le ressortissant étranger demeure sur le territoire sans motif justifié de non-retour (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1172/2014 du 23 novembre 2015 consid. 1.1).

D'après le Tribunal fédéral, la Directive sur le retour n'exclut ainsi 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 (arrêts du Tribunal fédéral 6B_139/2014 du 5 août 2014 consid. 2 ; 6B_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.4 ; 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.3 et 2.2 ; 6B_188/2012 du 17 avril 2012 consid. 5). Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral a souligné qu'une sanction pénale pour séjour illicite n'entraîne en considération que si le renvoi était objectivement possible et qu'une procédure administrative de renvoi avait été engagée et qu'elle apparaissait d'emblée comme dénuée de toute chance de succès (arrêt du Tribunal fédéral 6B_713/2012 du 19 avril 2013 consid. 1.4). Une condamnation pénale est également possible lorsque l'étranger n'a pas collaboré à son expulsion ou a évité la prise de mesures administratives en trompant les autorités de la police des étrangers sur sa volonté de quitter la Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 6B_713/2012 du 19 avril 2013 consid. 5).

2.2. En l'espèce, l'appelant ne conteste pas séjourner en Suisse, sans discontinuer, depuis le rejet définitif de sa demande d'asile, le 28 juin 2010, sans être au bénéfice des autorisations nécessaires.

Il est toutefois douteux que l'on puisse assimiler à une faute de sa part le fait de ne pas être retourné de son propre chef en Guinée alors que l'épidémie d'Ebola y sévissait et que les renvois vers cette destination n'étaient pas exigibles, soit entre le 21 octobre 2014 et le 19 août 2015, correspondant à une grande partie de la période pénale concernée par la présente procédure (10 mai 2014 au 18 juillet 2015).

S'agissant de la période courant du 10 mai au 21 octobre 2014, durant laquelle un renvoi en Guinée aurait été envisageable, l'appelant a manifesté à de réitérées reprises son intention de demeurer en Suisse et de ne pas collaborer en vue de son retour dans ce pays, de sorte qu'il est le seul responsable de la situation ainsi créée.

Cela étant, hormis un entretien avec un représentant guinéen en février 2011 et la mention, en mai 2012, du défaut de documents valables permettant un retour de l'intéressé dans son pays d'origine, l'on ignore quelles démarches les autorités vaudoises ont entreprises en vue d'exécuter le renvoi, en particulier si elles ont tenté de mettre en place les mesures de contrainte prévues par les art. 73 à 78 LEtr. Dans tous les cas, contrairement à ce qu'a indiqué le Ministère public, l'appelant n'avait pas disparu, ainsi qu'en témoigne sa participation aux procédures pénales dont il a fait l'objet ces dernières années.

L'on ne peut ainsi considérer que la procédure de renvoi a été menée jusqu'à son terme, sans succès, la seule absence de collaboration de l'appelant à son renvoi n'étant pas suffisante (cf. AARP/154/2016 du 22 avril 2016, AARP/74/2016 du 3 mars 2016, AARP/73/2016 du 23 février 2016 et AARP/34/2016 du 2 février 2016).

Sa condamnation, quelle que soit sa nature, n'apparaît donc pas possible, si l'on s'en tient aux considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 novembre 2015 cité ci-dessus.

2.3. Pour ces motifs, l'appelant sera acquitté du chef d'accusation de séjour illégal et le jugement entrepris annulé sur ce point.

3. **3.1.** En vertu de l'art. 429 al. 1 let. c CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie a droit à une réparation du tort moral subi en raison d'une atteinte particulièrement grave à sa personnalité, notamment en cas de privation de liberté.

Selon l'art. 51 CP, le juge impute sur la peine la détention avant jugement subie par l'auteur dans le cadre de l'affaire qui vient d'être jugée ou d'une autre procédure. Une détention avant jugement dûment autorisée n'est donc indemnisée que si elle ne peut pas être imputée sur les sanctions prononcées à raison d'autres infractions (art. 431 al. 2 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_169/2012 du 25 juin 2012 consid. 6). En d'autres termes, l'imputation, tant qu'elle reste possible, l'emporte sur l'indemnisation (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (CPP) du 21 décembre 2005, FF 2006 p. 1314 ; R. ROTH / L. MOREILLON (éds), *Code pénal I : art. 1-100 CP, Bâle 2009*, n. 9 ad art. 51), et le prévenu n'a pas le choix entre l'une ou l'autre (arrêt du Tribunal fédéral 1B_179/2011 du 17 juin 2011 consid. 4.2 et les références citées ; ACPR/409/2013 du 29 août 2013).

3.2. En application de ces dispositions, il convient d'imputer les quatre jours de détention avant jugement subis par l'appelant dans le cadre de la présente procédure sur les trois mois de peine privative de liberté qui lui ont été infligés le 20 juillet 2015 par la CPAR, qui n'ont pas encore été exécutés à ce jour.

4. L'appel étant admis, les frais des procédures de première instance et d'appel seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 CPP *a contrario*).

Il s'ensuit que la confiscation de CHF 250.- et la dévolution à l'Etat de CHF 150.-, en couverture des frais de procédure, ne sont pas fondées, leur origine illicite n'étant pour le surplus pas démontrée.

Les points y relatifs du jugement entrepris seront par conséquent également annulés.

5. **5.1.** L'appelant a réclamé, sur la base de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, une somme de CHF 6'084.-, TVA incluse, en couverture de ses frais d'avocat de première instance et d'appel.

A l'appui de sa prétention, il a produit, dans le cadre de la procédure antérieure à l'appel, un relevé d'activité faisant état, entre le 17 mars 2015 et le 5 février 2016, de cinq entretiens d'une heure, de deux audiences devant le Ministère public – totalisant 1h35, vacations comprises –, d'une audience de jugement (estimée à 1h30), de 2h00

de consultation du dossier et de préparation d'audience, ainsi que des démarches diverses (opposition, téléphones) à raison de cinquante minutes.

Aucun relevé d'activité n'a été fourni pour la procédure d'appel.

5.2. A teneur de la disposition précitée, le prévenu a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure, cette indemnisation visant les frais de la défense de choix (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, Bâle 2014, n. 12 ad art. 429).

Une telle indemnité n'est pas limitée aux cas de défense obligatoire visés par l'art. 130 CPP (ATF 139 IV 241). Une partie de la doctrine prône qu'aussitôt qu'une procédure touchant à un crime, à un délit ou à une contravention n'est pas classée suite à l'audition du prévenu, celui-ci a droit à l'assistance d'un avocat (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER *op.cit.*, n. 14 et 14a ad art. 429). Le Tribunal fédéral a pour sa part estimé que les conditions d'application de l'art. 429 al. 1 let. a CPP étaient réunies dans un cas où l'avocat avait été constitué pour faire opposition à une ordonnance pénale de 60 jours-amende avec sursis, soit une peine qui n'était "*pas négligeable*" (arrêt du Tribunal fédéral 6B_156/2014 du 30 juin 2014 consid. 2.3).

L'autorité pénale examine d'office les prétentions de l'intéressé et peut l'enjoindre de les chiffrer et de les justifier (art. 429 al. 2 CPP). Le juge ne doit donc pas avaliser purement et simplement les notes d'honoraires qui lui sont le cas échéant soumises, mais, au contraire, examiner si l'assistance d'un conseil était nécessaire puis, dans l'affirmative, apprécier objectivement la pertinence et l'adéquation des activités facturées, par rapport à la complexité juridique et factuelle de l'affaire et, enfin, dire si le montant des honoraires réclamés, même conforme au tarif pratiqué, est proportionné à la difficulté et à l'importance de la cause, c'est-à-dire raisonnable au sens de la loi (cf. ACPR/140/2013 du 12 avril 2013).

5.3. En l'occurrence, la cause ne revêt aucune difficulté, ni en fait, ni en droit, en particulier pour une avocate chevronnée comme celle de l'appelant. Une demi-heure d'entretien avant chaque audience apparaît dès lors amplement suffisante pour prendre connaissance de la cause et discuter avec l'intéressé de la stratégie à adopter. Pour les mêmes motifs, il apparaît raisonnable de ne retenir qu'une demi-heure d'activité pour la consultation du dossier – qui ne contient guère d'autres documents que les procès-verbaux d'audiences et les décisions querellées – et la préparation de l'audience de jugement, laquelle n'a, en définitive, duré qu'1h10.

Ainsi, l'indemnité allouée au recourant pour ses frais d'avocat de première instance sera fixée à CHF 2'233.35, correspondant à 5h35 d'activité au tarif horaire de CHF 400.-.

L'activité raisonnable nécessaire à la défense des intérêts de l'intéressé dans la procédure d'appel sera quant à elle estimée à 2h00 (CHF 800.-), au vu des écritures et des courriers figurant au dossier.

L'indemnité totale due à l'appelant sera par conséquent arrêtée à CHF 3'276.-, majorée de la TVA à 8% (CHF 242.65).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/109/2016 rendu le 5 février 2016 par le Tribunal de police dans la procédure P/4640/2015.

L'admet.

Annule le jugement entrepris.

Et statuant à nouveau :

Libère A_____ des fins de la poursuite pénale.

Dit que les quatre jours de détention avant jugement subis par l'appelant dans le cadre de la présente procédure doivent être imputés sur les trois mois de peine privative de liberté qui lui ont été infligés le 20 juillet 2015 par la Chambre pénale d'appel et de révision dans la P/3145/2015.

Ordonne la restitution à A_____ des téléphones portables et de la somme de CHF 265.05 figurant sous chiffres 1 et 2 de l'inventaire 5910420150718 du 18 juillet 2015, ainsi que de la somme de CHF 150.- mentionnée sur la liste de dépôt du 10 mars 2015.

Laisse les frais des procédures de première instance et d'appel à la charge de l'Etat.

Alloue à A_____ une indemnité de CHF 3'276.-, TVA comprise, en réparation de ses frais de défense de première instance et d'appel.

Notifie le présent arrêt aux parties.

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

Siégeant :

Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, présidente ; Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE et Monsieur Pierre MARQUIS, juges.

La greffière :

Christine BENDER

La présidente :

Verena PEDRAZZINI RIZZI

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.