

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/6092/2016

AARP/66/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 24 février 2017

Entre

A_____, sans domicile fixe, comparant par M^c B_____, avocate,

appelant,

contre le jugement JTDP/985/2016 rendu le 5 octobre 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 courrier déposé le 17 octobre 2016 au Tribunal pénal, A_____ a annoncé appeler du jugement rendu le 5 octobre 2016 par le Tribunal de police, dont les motifs lui ont été notifiés le 27 octobre suivant, par lequel le tribunal de première instance l'a reconnu coupable de recel (art. 160 ch. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP - RS 311.0]), 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 d'infraction à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (art. 19a ch. 1 LStup - RS 812.121) et l'a condamné à une courte peine privative de liberté de 45 jours, sous déduction de deux jours de détention subie avant jugement, à une amende de CHF 200.-, la peine privative de liberté de substitution étant fixée à deux jours, ainsi qu'à la moitié des frais de la procédure par CHF 1'688.-, y compris un émolument de jugement de CHF 1'200.-.

Aux termes du même jugement, A_____ a été acquitté des chefs de tentatives de vol (art. 22 al. 1 et 139 ch. 1 CP) et d'activité lucrative sans autorisation (art. 115 al. 1 let. c LEtr).

b. Par acte déposé le 16 novembre 2016 au greffe de la Chambre pénale d'appel et de révision (CPAR), A_____ a formé 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 à son acquittement du chef de recel, à la réduction du montant de l'amende infligée à CHF 100.-, ainsi qu'à l'octroi d'indemnités au sens de l'art. 429 CPP.

c. Par ordonnance pénale du Ministère public (MP) du 2 avril 2016, valant acte d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir, à Genève :

- été en possession d'une clé-passe des Services industriels de Genève (SIG) déclarée volée dans la nuit du 31 décembre 2015 au 1^{er} janvier 2016 à la rue Saint-Ours, dont les numéros ont été limés et dont la provenance délictueuse ne pouvait lui échapper, vu la nature et l'état de l'objet ;

- après sa dernière libération fin mai 2013, continué à séjourner en Suisse, sans autorisation, alors qu'il n'était pas titulaire d'un document d'identité valable ;

- détenu et consommé du cannabis, avec la précision qu'il était en possession de deux morceaux de haschisch d'un poids total de 4.8 grammes au moment de son interpellation le 1^{er} avril 2016.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. A teneur du rapport d'arrestation du 1^{er} avril 2016, l'attention d'une patrouille de police avait été attirée par le comportement suspect de deux individus, identifiés plus tard comme étant A_____ et C_____, dans le quartier de Plainpalais. Ils étaient entrés à tour de rôle durant quelques minutes dans trois allées d'immeubles, l'un d'eux restant à l'extérieur pour faire le guet. Ils étaient ensuite montés dans le tram n° 12, avant d'être interpellés le jour même à 13h45 à la douane de Moillesulaz, alors qu'ils s'apprêtaient à franchir la frontière.

Toutes les allées où s'étaient rendus les deux comparses avaient été contrôlées et aucun cambriolage ou tentative de cambriolage n'avait été constaté. Une clé ou un code d'entrée était nécessaire pour ouvrir chacune des portes d'entrées.

Une clé de service SIG (n° 1_____) et 4.8 grammes de haschich ont été retrouvés sur A_____. La clé avait été signalée volée le 11 janvier 2016 par D_____. Les deux numéros de séries y figurant avaient été limés, ce qui ressort de la photographie versée à la procédure, alors que, selon D_____, ces numéros étaient visibles avant le vol.

b. Selon la plainte pénale déposée par D_____, maçon, le vol était survenu dans la nuit du 31 décembre 2015 au 1^{er} janvier 2016, alors que la clé de service SIG n° 1_____ se trouvait dans sa voiture garée sur la rue Saint-Ours. La porte-passager avait été ouverte sans effraction.

c. A_____ a fait l'objet d'une saisie dans le système SYMIC en août 2003, en lien avec une demande d'asile. Une décision d'interdiction d'entrée en Suisse lui a été notifiée le 28 octobre 2009, valable dès le 29 juin 2010 pour une durée indéterminée.

d. Devant la police et le MP, A_____ a confirmé être entré dans les allées d'immeubles en compagnie de C_____. Il était sans domicile depuis un mois et cherchait des lieux pour dormir. C_____, qui ne pouvait pas le loger, était venu l'aider. La clé lui avait été prêtée la veille au soir par E_____, un ami algérien, pour qu'il puisse entrer dans des allées d'immeubles. Il n'avait pas le numéro de téléphone de E_____, qu'il ne connaissait pas très bien. Il ignorait d'où venait cette clé et ne savait pas qu'elle avait été volée.

Le haschisch trouvé sur lui était destiné à sa consommation personnelle. Il en fumait depuis longtemps.

Il était arrivé en Suisse en 2003, pays dans lequel il reconnaissait avoir séjourné sans les autorisations nécessaires. Il avait fait une demande d'asile à Vallorbe. Il savait qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée sur le territoire helvétique depuis 2009.

Il n'avait ni passeport ni autre document d'identité. Depuis sa sortie de prison en 2013, il était toujours resté à Genève.

e. Au Tribunal de police, A_____ a précisé que, trois ou quatre jours avant son interpellation, E_____, qui travaillait quelque part en Suisse, lui avait dit : "*tiens cette clé, elle te permet d'ouvrir et de trouver des endroits où dormir*". E_____ n'était pas un ami ; il le connaissait "*comme ça*". Celui-ci lui avait remis la clé sans lui dire qu'elle avait été volée. La clé lui avait été donnée, non pas prêtée ; la police l'avait mal compris. Il n'avait pas remarqué qu'elle avait été limée.

Il faisait l'objet de menaces de mort en Algérie, pays dans lequel il avait des "*problèmes*", si bien qu'il ne souhaitait pas y retourner. Depuis sa dernière condamnation en 2013, il avait changé et "*tout arrêté*".

C. a. Le 14 décembre 2016, la CPAR a ouvert une procédure écrite avec l'accord des parties.

b. Dans son mémoire d'appel du 10 janvier 2017, A_____ persiste dans ses conclusions, sollicite son acquittement de l'infraction à la LEtr, requiert l'octroi d'une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure par CHF 6'228.- et le versement de CHF 400.- pour les deux jours de détention subie à tort.

La personne qui avait volé la clé l'avait immédiatement transmise à E_____, lequel l'avait remise à A_____ dans le but de trouver un lieu pour dormir, si bien que l'on ne pouvait supposer que l'auteur du vol visait un dessein d'enrichissement illégitime en se l'appropriant, d'autant plus qu'une telle clé ne permettait pas d'ouvrir la porte de domiciles privés.

Dans la mesure où cet objet avait une valeur inférieure à CHF 300.-, il convenait de retenir que l'infraction était d'importance mineure et ne se poursuivait par conséquent que sur plainte.

D_____, en tant qu'employé, n'était pas propriétaire de la clé et n'avait donc pas la qualité pour déposer plainte pénale, si bien que A_____ devait être acquitté du chef de recel.

A aucun moment, ce dernier n'avait imaginé que la clé provenait d'un vol ni remarqué que son numéro de série avait été limé.

Les autorités administratives n'ayant pris aucune mesure pour renvoyer A_____ en Algérie, il devait également être acquitté de l'infraction de séjour illégal.

Le montant de l'amende était disproportionné, l'art. 28b al. 1 et 2 LStup prescrivant un montant de CHF 100.- pour l'amende d'ordre.

c. Par courrier du 17 janvier 2017, le Tribunal de police persiste dans les considérants de son jugement.

d. Le MP conclut, dans son pli du 30 janvier 2017, au rejet de l'appel, se référant expressément aux considérants développés dans la décision entreprise.

D. A_____ est né le _____ 1968 à El Attaf/Algérie, pays dont il a la nationalité. Il est divorcé, père d'une fille de 15 ans, laquelle vit en Algérie, tout comme ses parents et son frère. Il a été scolarisé durant six ans à Oran/Algérie et est titulaire d'un diplôme de soudeur. Il dit ne pas avoir de projet pour l'avenir.

Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, A_____, connu sous divers alias, a été condamné :

- le 19 mai 2008, par le Tribunal de police à une peine privative de liberté de 16 mois pour délit contre la loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions du 20 juin 1997 (LArm – RS 514.54), vol, dommages à la propriété, violation de domicile, vol d'usage et recel ;

- le 21 avril 2009, par le Juge d'instruction à une peine privative de liberté de quatre mois pour délit manqué de vol, dommages à la propriété, violation de domicile et séjour illégal (période du 01.10.2008 au 20.04.2009) ;

- le 27 juillet 2009, par la Chambre pénale à une peine privative de liberté de six mois pour délit manqué de violation de domicile et dommages à la propriété ;

- le 3 novembre 2009, par le Juge d'instruction à une peine privative de liberté de 35 jours pour dommages à la propriété, vol et violation de domicile ;

- le 17 juin 2010, par le Juge d'instruction à une peine privative de liberté de trois mois pour délit manqué de vol, dommages à la propriété, violation de domicile et séjour illégal (période du 01.02.2010 au 13.06.2010) ;

- le 23 novembre 2011, par le Tribunal de police à une peine privative de liberté de trois mois pour séjour illégal (période du 17.06.2010 au 13.09.2011) ;

- le 7 février 2012, par le MP à une peine privative de liberté d'un mois pour séjour illégal (période du 13.12.2011 au 06.02.2012) ;

- le 23 février 2012, par le MP de l'arrondissement de la Côte, Morges pour séjour illégal (période du 23.01.2012), aucune peine additionnelle n'ayant été prononcée à titre complémentaire au jugement du 7 février 2012 ;

- le 12 décembre 2012, par le MP à une peine privative de liberté de cinq mois pour séjour illégal (période du 24.02.2012 au 06.05.2012) et activité lucrative sans autorisation (période du 24.02.2010 au 06.05.2012) ;

- le 7 mars 2013, par le MP de l'arrondissement de la Côte, Morges à une peine privative de liberté de quatre mois pour vol, tentative de vol, dommages à la propriété et violation de domicile.

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).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

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

2. **2.1.1.** Le principe *in dubio pro reo*, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves.

En tant que règle sur le fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'accusation d'établir la culpabilité de l'accusé, et non à ce dernier de démontrer son innocence. Il est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence ; lorsqu'il résulte du jugement que, pour être parti de la fausse prémisse qu'il incombait à l'accusé de prouver son innocence, le juge l'a condamné parce qu'il n'avait pas apporté cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40 et les arrêts cités) ou encore lorsque le juge condamne le prévenu au seul motif que sa culpabilité est plus vraisemblable que son innocence (arrêts du

Tribunal fédéral 6B_1145/2014 du 26 novembre 2015 consid. 1.2 et 6B_748/2009 du 2 novembre 2009 consid. 2.1).

Comme règle de l'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de cet état de fait. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent certes pas à exclure une condamnation. La présomption d'innocence n'est invoquée avec succès que si le recourant démontre qu'à l'issue de l'appréciation de l'ensemble des preuves, le juge aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles sur sa culpabilité (ATF 120 Ia 31 consid. 2 p. 33 ss ; 124 IV 86 consid. 2a p. 87 ss).

2.1.2. A teneur de l'art. 160 ch. 1 CP, celui qui aura acquis, reçu en don ou en gage, dissimulé ou aidé à négocier une chose dont il savait ou devait présumer qu'un tiers l'avait obtenue au moyen d'une infraction contre le patrimoine sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). Si l'infraction préalable est poursuivie sur plainte, le recel ne sera poursuivi que si cette plainte a été déposée (al. 2).

Le recel est une infraction intentionnelle, mais il suffit que l'auteur sache ou doive présumer, respectivement qu'il accepte l'éventualité que la chose provienne d'une infraction contre le patrimoine (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1124/2014 du 22 septembre 2015 consid. 2.1 et 6B_728/2010 du 1^{er} mars 2011 consid. 2.2). Il en va ainsi lorsque les circonstances suggèrent le soupçon de la provenance délictueuse (ATF 129 IV 230 consid. 5.3.2 p. 236 s. et les références à ATF 119 IV 242 consid. 2b p. 247 ; 101 IV 402 consid. 2 p. 405 s.). Une connaissance précise de l'infraction préalable, des circonstances entourant sa commission ou de l'auteur de cette dernière n'est pas nécessaire (ATF 119 IV 242 consid. 2b = JdT 1977 IV 38).

2.1.3. Commet un vol au sens de l'art. 139 ch. 1 CP celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura soustrait une chose mobilière appartenant à autrui dans le but de se l'approprier.

Indépendamment du fait que le dessein d'enrichissement ne fait pas partie de l'intention mais constitue un élément subjectif supplémentaire, l'avantage patrimonial sur lequel le dessein d'enrichissement porte ne correspond pas forcément à la valeur de la chose soustraite, laquelle peut même être dénuée de toute valeur. L'enrichissement peut consister en un avantage patrimonial indirect que le voleur se procure en usant de la chose soustraite. L'avantage patrimonial peut ainsi correspondre à la contre-valeur que l'on reçoit en échange de la chose volée, comme pour les titres de rationnement ou découler de l'emploi que l'on en fait, comme c'est par exemple le cas d'une lettre compromettante volée en vue de chantage. Dans ces

deux cas, l'auteur soustrait à l'ayant droit une chose, non pas à cause de sa valeur intrinsèque, mais bien en fonction de sa valeur d'usage, le dessein d'enrichissement illégitime s'étendant à cette dernière valeur (ATF 111 IV 74 consid. 1 p.75).

En outre, l'enrichissement est illégitime s'il est acquis de façon contraire à l'ordre juridique (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, Bâle 2012, n. 25 et 27 ad rem. préél. art. 137 ss). D'après la jurisprudence, il y a enrichissement illégitime si l'auteur ne peut valablement y prétendre (ATF 105 IV 29 consid. 3a).

2.1.4. Selon l'art. 172ter al. 1 CP, applicable aux infractions du titre 2 de la partie spéciale du Code pénal (infractions contre le patrimoine ; art. 137 à 172ter CP), si l'acte ne visait qu'un élément patrimonial de faible valeur ou un dommage de moindre importance, l'auteur sera, sur plainte, puni d'une amende.

Un élément patrimonial est de faible valeur au sens de cette disposition, s'il ne dépasse pas CHF 300.-. Le critère déterminant est l'intention de l'auteur, non pas le résultat. L'art. 172ter CP n'est applicable que si l'auteur n'avait d'emblée en vue qu'un élément patrimonial de faible valeur ou un dommage de moindre importance. Lorsque l'intention de l'auteur, y compris sous la forme du dol éventuel, portait sur un montant supérieur à la valeur limite admise, l'art. 172ter CP ne trouve pas application, même si le montant du délit est inférieur à CHF 300.- (ATF 123 IV 197 consid. 2a p. 199 = JdT 1999 IV 66 ; 123 IV 155 consid. 1a p. 156 = JdT 1998 IV 170 ; 122 IV 156 consid. 2a p. 159/160 = SJ 1996 602 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_208/2010 du 15 juillet 2010 consid. 3.1 et 6B_316/2009 du 21 juillet 2009 consid. 3.3).

2.1.5. Les clés de service, au sens de l'art. 105E al. 1 du Règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI – L 5 05.01), donnent accès "*aux immeubles, aux locaux contenant les installations électriques générales, aux transformateurs, aux groupes de secours, aux accumulateurs, aux chaufferies, aux locaux abritant les installations aérauliques, aux locaux des machines d'ascenseurs et de monte-charges ainsi qu'aux aires délimitées par des chaînes*" (art. 105A al. 1 RCI).

Selon les "*tarifs des interventions*", établis par les SIG le 12 juin 2008, le prix initial d'une clé de service est fixé à CHF 42.15, TVA comprise, en cas de perte ou de vol, une pénalité de CHF 250.95 est appliquée en remplacement de la clé (*cf.* : http://www.sig-ge.ch/nous-connaître/support-et-communications/Documents/Tarifs%20et%20r%C3%A9glements/Divers/tarifs_interventions.pdf). Dès le 1^{er} mars 2017, ces montants seront portés à CHF 60.-, respectivement à CHF 500.- (Règlement SIG relatif aux clés de service *cf.* : [http://www.sig-](http://www.sig-ge.ch/nous-connaître/support-et-communications/Documents/Règlement_SIG_relatif_aux_clés_de_service.pdf)

ge.ch/professionnels/partenaires/vos-services-en-ligne/cles-et-cylindres-de-service/Document/Reglement_cles_service.pdf).

2.2. En l'espèce, il n'est pas contesté que la clé de service, avant d'être remise à l'appelant, a été soustraite à autrui dans un but d'appropriation, au vu de la plainte pénale déposée par D_____.

La soustraction d'un objet de cette nature vise incontestablement un avantage patrimonial d'une valeur supérieure à celle de son prix initial ou de remplacement, que ce soit en vue de sa revente au plus offrant, de faciliter la commission d'un maximum de cambriolages ou encore de pénétrer sans droit de manière illimitée dans des espaces privés pour y demeurer gratuitement, les clés de service donnant accès à un nombre indéterminé de bâtiments à Genève, soit aux halls d'immeubles, aux caves, aux parkings, etc. Le dol de l'auteur de l'infraction préalable n'était donc pas limité à un élément patrimonial de faible valeur, ce qui exclut le vol d'importance mineure et, par conséquent, la nécessité d'une plainte pénale, l'infraction de vol étant poursuivie d'office.

Par ailleurs, cet auteur savait non seulement qu'il s'était procuré un privilège auquel il n'avait pas droit, dès lors qu'il a consciencieusement limé le numéro de série apparaissant sur la clé, mais encore l'usage qu'il pouvait en faire, l'appelant ayant déclaré que E_____ lui avait précisé que la clé lui permettrait d'accéder à "*des endroits où dormir*".

Quant à l'appelant, il a admis, devant le Tribunal de police et la juridiction d'appel, avoir fait une acquisition durable de cette clé, qui lui avait été donnée.

L'appelant ne peut être suivi lorsqu'il allègue ne pas avoir envisagé que la clé provenait d'un vol, compte tenu du fait qu'elle avait été visiblement limée et qu'elle donnait accès à de nombreuses zones d'habitations où E_____ ne résidait pas.

Enfin, l'application de l'art. 172ter CP est également exclue s'agissant du recel, pour les motifs retenus s'agissant de l'intention de l'auteur de l'infraction préalable.

Il y a lieu, enfin, de rappeler que, selon la police, le jour de leur interpellation, l'appelant a pénétré, grâce à la clef des SIG, dans plusieurs immeubles, en milieu de journée, pendant que son comparse faisait le guet à l'extérieur. Il ne s'agissait donc pas de trouver un endroit pour dormir.

Au regard de ces éléments, c'est à bon droit que le premier juge a reconnu l'appelant coupable de recel (art. 160 ch. 1 CP). Le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

2.3.1. 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.

2.3.2. Par arrêté fédéral du 18 juin 2010 (RO 2010 5925), la Suisse a repris 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). 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 : CJUE) relative à cette directive, sans quoi la participation de la Suisse à Schengen pourrait être menacée (arrêts du Tribunal fédéral 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 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 Achughabian, 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).

2.3.3.1. Le séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LETr est un délit de durée, un délit continu. L'infraction est achevée au moment où le séjour prend fin (ATF 135 IV 6 consid. 3.2).

L'infraction peut être à nouveau commise si, après avoir été jugé pour de tels faits, le condamné poursuit ou renouvelle son séjour illégal en Suisse. La condamnation en raison de ce délit opère une césure, de sorte que le fait pour le prévenu de perpétuer sa situation irrégulière après le prononcé d'un premier jugement constitue un acte indépendant permettant une nouvelle condamnation pour la période non couverte par la première décision (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).

2.3.3.2. 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 précité). La somme des peines prononcées à raison du délit continu doit ainsi être adaptée à la

faute considérée dans son ensemble et ne pas excéder un an. Le prévenu sera exempté de toute peine si les condamnations prononcées antérieurement atteignent ou dépassent la peine maximale prévue par la loi (arrêt du Tribunal fédéral 6B_715/2015 du 21 mars 2016 consid. 2.6).

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*).

2.4. En l'occurrence, l'appelant ne conteste pas avoir séjourné illégalement en Suisse, mais invoque son impunissabilité du fait que l'infraction à la LEtr serait le seul délit commis et qu'aucune mesure n'aurait été prise par les autorités administratives pour le renvoyer en Algérie.

L'appelant ayant été reconnu coupable de recel, 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 illégal est punissable pour la période pénale allant du 31 mai 2013, à tout le moins, au 1^{er} avril 2016, période non encore prise en compte lors des condamnations antérieures.

Par ailleurs, bien que l'appelant ait été sanctionné les 21 avril 2009, 17 juin 2010, 23 novembre 2011, 7 décembre 2012 et 12 décembre 2012 pour séjour illégal par des peines privatives de liberté, l'addition de ces condamnations s'agissant de ce seul délit n'atteint pas encore le plafond légal de douze mois, de sorte que l'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr devra être sanctionnée en concours avec celle de recel (art. 49 al. 1 CP ; voir *infra* sous ch. 3.2.1).

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

- 3.** **3.1.1.** 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).

3.1.2. Aux termes de l'art. 19 al. 1 let. d LStup, celui qui, sans droit, possède, détient ou acquiert des stupéfiants ou s'en procure de toute autre manière, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

A teneur de l'art. 19a ch. 1 LStup, celui qui, sans droit, aura consommé intentionnellement des stupéfiants ou celui qui aura commis une infraction à l'art. 19 LStup pour assurer sa propre consommation est passible de l'amende. N'importe quel acte mentionné à l'art. 19 al. 1 LStup, s'il est destiné seulement à la consommation personnelle, tombe sous le coup de l'art. 19a LStup (ATF 108 IV 198 consid. b).

Conformément à l'art. 28b al. 1 LStup, les infractions visées à l'art. 19a ch. 1 LStup commises par la consommation de stupéfiants ayant des effets de type cannabique, peuvent être réprimées par une amende d'ordre infligée selon une procédure simplifiée (procédure relative aux amendes d'ordre). Le montant de l'amende d'ordre est alors de 100 francs (al. 2) et il n'est pas tenu compte des antécédents ni de la situation personnelle du contrevenant (al. 3). Dans cette hypothèse, contrairement à la procédure ordinaire, la peine sera prononcée par un organe de police sans prendre en considération les antécédents et la situation personnelle de l'auteur (Rapport de la Commission de la sécurité et de la santé publique du Conseil national, FF 2011 7536).

En revanche, l'amende prévue à l'art. 19a ch. 1 LStup, contrairement à celle prévue aux art. 28b ss LStup, s'inscrit dans le cadre d'une procédure ordinaire qui prend en compte les antécédents et les conditions personnelles des contrevenants (FF 2011 7536). La procédure ordinaire n'empêche pas qu'une amende d'ordre puisse également être infligée (art. 28l LStup).

3.2.1. En l'espèce, la nature et la quotité de la peine, non contestées en tant que telles, prononcée par le premier juge en vue de sanctionner les infractions de recel et à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, à savoir une courte peine privative de liberté de 45 jours, consacre une application correcte des critères fixés à l'art. 47 CP. Pour les motifs figurant dans le jugement querellé (p. 8, ch. 2.2.), que la CPAR fait siens, elle est adaptée à la faute de l'appelant. Par conséquent, elle sera confirmée.

Compte tenu des nombreuses condamnations antérieures de l'appelant à des peines privatives de liberté fermes et de son statut administratif, une peine pécuniaire, respectivement un travail d'intérêt général, sont exclus.

3.2.2. S'agissant de l'infraction à l'art. 19a ch. 1 LStup, quand bien même l'art. 28b al. 1 LStup permet à la police d'infliger directement une amende d'ordre à un consommateur de cannabis, force est de constater que les agents de police n'ont pas fait usage de cette possibilité dans le cas de l'appelant. Une procédure ordinaire a été mise en place, au cours de laquelle le MP a prononcé par ordonnance pénale une

amende, maintenue par le Tribunal de police. Aucune procédure simplifiée n'ayant été entamée, l'art. 28b LStup ne trouve pas application et c'est à bon droit que le premier juge s'est fondé sur l'art. 106 CP au moment de prononcer une peine à l'encontre de l'appelant, prenant ainsi en compte ses antécédents et sa situation personnelle.

L'amende de CHF 200.- fixée par le premier juge correspond à l'importance relative de la violation de la loi ainsi qu'à la situation financière de l'appelant, conformément à l'art. 106 al. 3 CP.

Le jugement sera donc aussi confirmé sur ce point. L'appel sera ainsi rejeté.

4. Vu l'issue de la procédure, l'appelant sera débouté de ses prétentions en indemnisation (art. 429 al. 1 CPP *a contrario*).
5. L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'Etat, qui comprennent un émolument de jugement de CHF 1'500.- (art. 428 CPP et art. 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010 [RTFMP - RS/GE E 4 10.03]).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/985/2016 rendu le 5 octobre 2016 par le Tribunal de police dans la procédure P/6092/2016.

Le rejette.

Rejette les conclusions en indemnisation formées par A_____.

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, au Tribunal de police, au Service des contraventions et à l'Office cantonal de la population et des migrations.

Siégeant :

Monsieur Pierre MARQUIS, président ; Mesdames Yvette NICOLET et Valérie LAUBER, juges.

La greffière :

Joëlle BOTTALLO

Le président :

Pierre MARQUIS

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/6092/2016

ETAT DE FRAIS

AARP/66/2017

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 1688.00

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 240.00

Procès-verbal (let. f) CHF 0.00

Etat de frais CHF 75.00

Emolument de décision CHF 1500.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 1'815.00

Total général (première instance + appel) : CHF **3'503.00**