

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/6294/2015

AARP/427/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 25 octobre 2016

Entre

A_____, sans domicile connu, comparant par M^e Dina BAZARBACHI, avocate, rue Micheli-du-Crest 4, 1205 Genève,

appelant,

contre le jugement JTDP/38/2016 rendu le 18 janvier 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 du 28 janvier 2016, A_____ a annoncé appeler du jugement rendu le 18 janvier 2016 par le Tribunal de police, dont les motifs lui ont été notifiés le 17 février 2016, par lequel il a été reconnu 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 condamné à une peine pécuniaire de 100 jours-amende à CHF 10.- l'unité, sous déduction de trois jours-amende correspondant à trois jours de détention avant jugement, ainsi qu'aux frais de la procédure.

b. Par acte du 8 mars 2016, A_____ conclut au prononcé d'une peine plus clémente.

c. Par ordonnances pénales des 31 mars et 22 septembre 2015, valant actes d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir, à Genève, entre le 21 février 2015 et le 29 mars 2015 et entre le 1^{er} avril 2015 et le 4 septembre 2015, séjourné sur le territoire suisse démuné des autorisations nécessaires, de documents d'identité valables indiquant sa nationalité et alors qu'il fait l'objet d'une mesure d'éloignement depuis le 21 avril 2014.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. Selon son dossier administratif, A_____ a déposé une demande d'asile en Suisse le 8 décembre 2013. La procédure s'est terminée par une décision de non-entrée en matière prononcée le 7 février 2014 et entrée en force le 20 février 2014.

A_____ a ensuite été détenu à titre administratif du 21 mars au 21 avril 2014, date à laquelle il a été renvoyé en Espagne, en exécution des accords dits de "Dublin".

Le 9 avril 2014, une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse lui a été notifiée, laquelle est valable du 21 avril 2014 au 20 avril 2017.

b.a. Le 29 mars 2015, A_____ a été interpellé à Genève, alors qu'il cheminait à la rue de Zurich. Il était démuné de documents d'identité.

Interrogé par les gendarmes, il a admis faire l'objet d'une mesure d'éloignement. Il résidait en Suisse depuis le mois de décembre 2013 et refusait catégoriquement de partir, dès lors qu'il y avait beaucoup de problèmes en Guinée-Bissau, son pays d'origine. Il ne voulait pas obtenir les coordonnées d'un organisme d'aide au retour.

b.b. A_____ a été relaxé le 31 mars 2015, sur ordre du Ministère public, qui lui a infligé une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 30.- l'unité et a révoqué un précédent sursis (cf. ordonnance pénale susmentionnée).

b.c. Le 9 avril 2015, par l'entremise de son conseil, A_____ a formé opposition. Il contestait la sévérité de la peine ainsi que le montant du jour-amende.

b.d. En date du 15 mai 2015, le Ministère public a maintenu sa décision et transmis la procédure au Tribunal de police.

c.a. Le 4 septembre 2015, A_____ a de nouveau été contrôlé par la police genevoise. Il était toujours démuné de documents d'identité et n'entendait pas collaborer à son renvoi. Son séjour en Suisse n'avait été interrompu qu'une fois, lors de son expulsion vers l'Espagne. Depuis qu'il était revenu à Genève, environ sept mois plus tôt, il dormait chez sa copine, prénommée "B_____", dans un foyer à côté de l'aéroport. Il était aidé par des amis ainsi que par l'association "C_____".

c.b. A_____ a été relaxé le jour-même, après que le Ministère public lui eût infligé une peine privative de liberté de 30 jours (ordonnance pénale du 4 septembre 2015).

c.c. Par courrier du 14 septembre 2015, A_____ s'est opposé à sa condamnation. Il a sollicité le prononcé d'une peine pécuniaire, en lieu et place d'une peine privative de liberté, et le bénéfice du sursis.

c.d. Le 22 septembre 2015, le Ministère public a rendu une nouvelle ordonnance pénale, par laquelle la peine privative de liberté a été remplacée par une peine pécuniaire ferme d'une quotité équivalente, le jour-amende étant fixé à CHF 30.-.

c.e. A_____ a formé opposition à cette décision par courrier de son conseil du 5 octobre 2015. Il réclamait le bénéfice du sursis ainsi qu'une réduction du montant du jour-amende à CHF 10.-, ce qu'il a confirmé lors de son audition par le Ministère public le 20 octobre 2015.

c.f. Par décision sur opposition du 26 octobre 2015, le Ministère public a maintenu l'ordonnance pénale du 22 septembre 2015 et transmis le dossier au Tribunal de police, lequel a ordonné la jonction des deux procédures.

d. Devant le premier juge, A_____ a reconnu les faits. Il ne voulait pas quitter la Suisse, dans la mesure où son amie y vivait. Il ne pouvait pas l'attendre en Espagne et n'envisageait pas de retourner en Guinée-Bissau, vu la situation économique et politique dans ce pays.

C. a. En appel, la procédure écrite a été ordonnée avec l'accord des parties.

b. Selon A_____, le premier juge avait prononcé une peine excessivement sévère, supérieure à l'addition des deux peines pécuniaires de 30 jours-amende fixées par les ordonnances pénales querellées. Or, les procédures d'opposition n'avaient été

entreprises que dans le but de contester le montant du jour-amende et non pas la quotité de la peine pécuniaire.

Le Tribunal de police avait en outre omis de tenir compte de la brièveté de la période pénale et du fait que l'appelant n'était revenu en Suisse, après son expulsion, que dans le but de rejoindre sa compagne, qu'il était sur le point d'épouser. Une peine pécuniaire ferme de 100 jours-amende le rendait encore plus vulnérable.

Enfin, c'était par erreur que le Tribunal de police s'était fondé sur l'ordonnance pénale du 4 septembre 2015, en lieu et place de celle du 22 septembre 2015.

c. Dans ses observations, le Tribunal de police conclut à la confirmation de son jugement. La référence à l'ordonnance pénale du 4 septembre 2015, en lieu et place de celle du 22 septembre 2015, relevait de l'erreur de plume et n'avait pas porté à conséquence, la période pénale poursuivie étant la même. En infligeant au prévenu une peine pécuniaire plutôt qu'une peine privative de liberté, le premier juge avait fait preuve de clémence.

d. Aux termes de son mémoire-réponse, le Ministère public conclut au rejet de l'appel. La procédure de l'opposition à ordonnance pénale avait pour effet de mettre à néant la condamnation du Ministère public. Le Tribunal disposait par conséquent d'un plein pouvoir de cognition sur la nature et la quotité de la peine et n'était pas lié par les réquisitions de l'accusation.

e. Par courriers du 31 mai 2016, auxquels elles n'ont pas réagi, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

D. A teneur du dossier, A_____ est né le ___ 1992 à ____, en Guinée-Bissau, pays dont il est ressortissant et où vivent sa mère et son petit frère, son père étant décédé. Il est célibataire et sans enfant. Il n'a pas de formation. Il s'est occupé de l'élevage de vaches aux côtés de son père.

Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, A_____ a été condamné par le Ministère public le ___ 2015 à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 10.- l'unité, avec sursis durant trois ans, des chefs d'entrée et de séjour illégaux.

Il a aussi été condamné le ___ 2016 par le Ministère public à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 10.- l'unité pour séjour illégal, la période pénale s'étendant du 19 janvier au 11 février 2016.

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 du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 [CPP ; RS 312.0]).

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.** A teneur de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, l'infraction de séjour illégal est punie d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

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 – 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 – 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).

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 (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).

Selon la jurisprudence de la CJUE, reprise par le Tribunal fédéral, une peine privative de liberté pour séjour illégal ne peut être infligée à un ressortissant étranger 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 (arrêts de la CJUE du 28 avril 2011 C-61/11 PPU *El Dridi* et du 6 décembre 2011 C-329/11 *Achughbabian* ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_787/2014 du 27 novembre 2014 consid. 2.1 et 6B_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.4). Le Tribunal fédéral considère qu'une peine pécuniaire, en tant qu'elle est susceptible d'entraver une procédure de retour, ne peut être infligée qu'aux mêmes conditions (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1172/2014 du 23 novembre 2015 consid. 1.3).

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 (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).

Dans l'affaire Skerdjan Celaj C-290/14 du 1^{er} octobre 2015, la CJUE a retenu qu'*a fortiori*, la Directive sur le retour ne s'opposait pas à ce que des sanctions pénales soient infligées suivant les règles nationales, dans le respect des droits fondamentaux et, le cas échéant, de la Convention de Genève, à des ressortissants de pays tiers en situation de séjour irrégulier qui entrent de nouveau irrégulièrement sur le territoire d'un Etat membre en violation de l'interdiction d'entrée dont ils font l'objet.

2.2.1. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. 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. 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. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents, 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. 67).

2.2.2. Conformément à l'art. 34 CP, la fixation de la peine pécuniaire intervient en deux phases différentes.

Le Tribunal détermine d'abord le nombre des jours-amende en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Il y a lieu d'appliquer la règle générale de l'art. 47 CP, selon laquelle le tribunal, hormis la faute au sens étroit (art. 47 al. 2 CP), doit prendre en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 al. 1 CP). Le nombre des jours-amende exprime la mesure de la peine.

Il doit ensuite arrêter le montant du jour-amende en fonction de la situation personnelle et économique de l'auteur (al. 2). Le montant total de la peine pécuniaire

résulte de la seule multiplication du nombre par le montant des jours-amende. Les deux facteurs doivent être fixés séparément dans le jugement (al. 4). La peine pécuniaire doit remplacer dans le domaine des sanctions les moins graves en particulier, les peines privatives de liberté de courte durée. Elle ne se confond pas avec une simple amende (ATF 134 IV 1 consid. 5 et 6 p. 9 et 15 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 5 et 6).

Il n'y a pas lieu de prendre en considération les circonstances personnelles et une éventuelle sensibilité accrue à la sanction au sens de l'art. 47 al. 1 CP qu'autant que ces éléments ne se rapportent pas à la situation financière actuelle de l'auteur. Une double prise en considération de la capacité financière, respectivement de la sensibilité à la peine, lors de la fixation du nombre des jours-amende et dans le calcul de leur montant est exclue (A. DOLGE, *Basler Kommentar*, Strafrecht I, 2^e éd., 2007, n. 40 ad art. 34 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 6.3).

2.2.3. A teneur de l'art. 49 al. 2 CP, si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.2 p. 67).

2.2.4. Le tribunal n'est pas lié par la sanction infligée par le Ministère public dans l'ordonnance pénale, dès lors que l'interdiction de la *reformatio in pejus* ne s'applique pas à la procédure de jugement ensuite de l'opposition à une ordonnance pénale rendue par le Ministère public (cf. L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire CPP*, Bâle 2016, n. 2 ad art. 356).

2.3. L'appelant ne conteste à juste titre pas sa punissabilité du chef de séjour illégal. Il a en effet fait l'objet d'une procédure de renvoi vers l'Espagne qui a été menée à bien en avril 2014, en application des accords dits de Dublin.

Le prononcé d'une peine pécuniaire n'est pas remis en cause, s'agissant d'une sanction qui frappe moins durement le condamné qu'une peine privative de liberté.

L'appelant ne critique pas non plus le prononcé d'une peine ferme, le sursis étant en l'occurrence exclu, dès lors que le pronostic est clairement défavorable. L'appelant a en effet un antécédent spécifique et récent et n'a manifesté aucune volonté, au contraire, de quitter la Suisse, nonobstant la mesure d'éloignement dont il fait l'objet.

Enfin, l'appel émanant de la défense, il n'y a pas lieu de revoir la décision du premier juge de ne pas révoquer un précédent sursis (art. 391 al. 2 CPP).

Seule la quotité de la peine est litigieuse, laquelle dépend de la faute, qui n'est en l'occurrence pas anodine. Après son expulsion vers l'Espagne, l'appelant est revenu

en Suisse de son plein gré et alors que sa liberté d'agir était entière, l'existence, non étayée, d'une amie à Genève n'étant pas déterminante.

La décision de l'appelant de revenir en Suisse alors qu'il fait l'objet d'une mesure d'éloignement dénote en outre son mépris pour la législation en vigueur et les décisions des autorités.

La période pénale visée par les deux ordonnances pénales est relativement longue, s'agissant d'un séjour illégal qui s'étend sur plus de six mois. L'appelant s'obstine à séjourner en Suisse alors qu'il n'y a pas droit, ce qui montre que sa prise de conscience est mauvaise. Il a en revanche plutôt bien collaboré, dans la mesure où il n'a pas minimisé la durée de son séjour illégal.

La peine pécuniaire de 100 jours-amende est mesurée et prend en considération de manière adéquate l'ensemble des éléments qui précèdent. Il ne saurait être question de la réduire pour tenir compte des peines prononcées par le Ministère public dans les ordonnances pénales frappées d'opposition, qui ne lient pas le juge, ou de la situation financière de l'appelant, cet aspect ayant été pris en compte dans la fixation du montant du jour-amende, arrêté au minimum légal de CHF 10.-.

En revanche, cette peine est complémentaire à la condamnation pour séjour illégal prononcée le ___ 2016 par le Ministère public et ignorée du tribunal de première instance, car intervenue postérieurement au jugement entrepris (art. 49 al. 2 CP).

Or, si le premier juge avait eu à sanctionner aussi le séjour illégal intervenu du 19 janvier au 11 février 2016, il n'aurait pas prononcé une peine sensiblement plus sévère.

Il se justifie par conséquent de réduire la quotité de la peine pour tenir compte du concours rétrospectif et de la fixer à 80 jours-amende.

3. 3.1. Selon les art. 426 al. 1 et 428 al. 1 CPP, les frais de la procédure de première instance – que la Chambre pénale d'appel et de révision est tenue de revoir lorsqu'elle rend une nouvelle décision (art. 428 al. 3 CPP) – et d'appel sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles succombent.

3.2. A ce stade de la procédure, l'appelant obtient une réduction de peine pour des motifs apparus postérieurement à la décision entreprise et dont il ne s'est pas prévalu. Partant, il convient de laisser intacte la mise à sa charge des frais de la procédure de première instance et de le condamner à la moitié des frais de celle d'appel, qui comprennent dans leur totalité un émolument de jugement de CHF 1'500.- (art. 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale ; E 4 10.03), le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/38/2016 rendu le 18 janvier 2016 par le Tribunal de police dans la procédure P/6294/2015.

L'admet partiellement.

Annule ce jugement dans la mesure où il condamne A_____ à une peine pécuniaire de 100 jours-amende.

Et statuant à nouveau :

Condamne A_____ à une peine pécuniaire de 80 jours-amende, sous déduction de trois jours de détention subie avant jugement.

Déclare cette peine complémentaire à celle prononcée par le Ministère public le ____ 2016.

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

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

Laisse le solde de ces frais à la charge de l'Etat.

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 :

Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, présidente; Monsieur Pierre MARQUIS et Madame Valérie LAUBER, 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.

P/6294/2015

ÉTAT DE FRAIS

AARP/427/2016

COUR DE JUSTICE

Selon les art. 4 et 14 du règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E 4 10.03).

Total des frais de procédure du Tribunal de police CHF 1'266.00

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

Délivrance de copies (let. a, b et c) CHF 0.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 260.00

Procès-verbal (let. f) CHF 0.00

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 CHF **3'101.00**

Appel :

CHF 917.50 à la charge de A_____

CHF 917.50 à la charge de l'État