

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/9330/2020

AARP/356/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 28 octobre 2020

Entre

A _____, actuellement détenu à la prison B _____, _____, comparant par M^e C _____,
avocat,

appelant,

contre le jugement JTDP/674/2020 rendu le 6 juillet 2020 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. En temps utile, A_____ appelle du jugement du 6 juillet 2020, par lequel le Tribunal de police (TP) l'a déclaré coupable de rupture de ban pour la période du 12 janvier au 16 mars 2020 (art. 291 du code pénal suisse [CP -RS 311.0]), l'a acquitté de ce chef d'accusation pour la période du 17 mars au 31 mai 2020 et l'a condamné à une peine privative de liberté de neuf mois ainsi qu'aux frais de la procédure en CHF 1'749.-.

A_____ entreprend entièrement ce jugement, à l'exception de son acquittement pour la période du 17 mars au 31 mai 2020.

b. Selon l'acte d'accusation du 9 juin 2020, il est reproché à A_____ d'avoir, entre le 12 janvier 2020 et le 31 mai 2020, persisté à séjourner en Suisse, alors qu'il savait faire l'objet d'une expulsion judiciaire prononcée par le TP le 23 mai 2018 pour une durée de cinq ans, valable à partir du 23 juillet 2018.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. A_____, ressortissant algérien né le _____ 1989, séjourne sans autorisation en Suisse depuis 2010, où il n'a pas de domicile connu. Il fait l'objet d'une interdiction d'entrer sur le territoire, notifiée le 26 février 2016 et valable jusqu'au 22 février 2021.

Le 23 mai 2018, le TP, qui l'a condamné à une peine privative de liberté de 120 jours ainsi qu'à une amende de CHF 100.- pour vol, entrée illégale, séjour illégal 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), a ordonné son expulsion de Suisse pour une durée de cinq ans.

L'Office cantonal de la population l'a sommé de quitter le territoire suisse d'ici le 23 juillet 2018.

b. Etant néanmoins resté en Suisse, A_____ a été condamné par le Ministère public (MP) puis le TP pour rupture de ban les 5 août et 12 décembre 2018 à des peines privatives de liberté de 180 jours et neuf mois.

Il a été libéré 11 janvier 2020.

c. Les 13 et 16 mars 2020, la Suisse a intensifié son contrôle aux frontières avec l'Italie, puis la France, l'Autriche et l'Allemagne, avant d'étendre cette mesure à tous les Etats Schengen le 25 mars suivant. L'accès au territoire a dès lors été limité aux citoyens suisses, aux personnes ayant un permis de séjour en Suisse ou des raisons professionnelles d'y voyager.

d. Le 31 mai 2020, A_____ a été interpellé à D_____ [GE] par les gardes-frontières, auxquels il a déclaré n'avoir jamais quitté la Suisse faute d'argent ainsi

que, plus récemment, en raison de la fermeture des frontières, dont il attendait la réouverture pour partir.

Devant le MP, il a confirmé que le manque d'argent puis le coronavirus l'avaient empêché de partir, alors qu'il souhaitait se rendre en Espagne. Il était d'accord de solliciter l'aide d'urgence de l'Hospice général afin d'effectuer toutes les démarches en vue d'un retour dans son pays d'origine. On ne lui avait auparavant jamais "*donné de chance*".

En première instance, A_____ a reconnu les faits qui lui étaient reprochés. Lors de son interpellation, il se rendait en France chez un ami. Il était resté en Suisse malgré ses deux précédentes condamnations pour rupture de ban et ses nombreuses infractions à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI - RS 142.20) car, lorsqu'il avait essayé de se rendre en France, il avait été renvoyé et on l'avait empêché d'entrer en Italie. Il n'avait ni passeport ni document de voyage en cours de validité. Les autorités ne lui avaient pas apporté d'aide au retour, en lui réservant un billet d'avion ou en lui obtenant un document de voyage. Il n'avait pas sollicité une telle aide, dès lors qu'il en ignorait l'existence, mais était d'accord d'y recourir à sa prochaine sortie de prison.

C. a. La juridiction d'appel a ordonné l'instruction de la cause par la voie écrite avec l'accord des parties.

b. Aux termes de son mémoire d'appel, A_____ reconnaît sa culpabilité pour rupture de ban en lien avec la période du 12 janvier au 16 mars 2020, mais conclut au prononcé d'une peine pécuniaire égale à zéro, à sa libération immédiate et à la condamnation de l'Etat à lui verser CHF 200.- par jour de détention illicite subie depuis le 31 mai 2020.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), reprise par le Tribunal fédéral, en application de la directive 2008/115/CE 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 (ci-après : la Directive sur le retour), une peine privative de liberté ne pouvait être appliquée à une personne reconnue coupable de séjour irrégulier que si une procédure administrative de renvoi avait été préalablement menée à son terme sans succès. Or, il lui était seulement reproché de séjourner illégalement en Suisse. L'unique raison pour laquelle il était condamné pour rupture de ban et non pour violation de la LEI, infraction entrant en concours imparfait, était l'existence d'une décision préalable d'expulsion, soit un motif purement juridique.

Comme cela ressortait du point 8.2 des Directives du Secrétariat d'Etat aux migrations – I domaine des étrangers (ci-après : les Directives LEI), la Suisse n'avait pas usé de la possibilité, prévue par l'art. 2 par. 2 let. b de la Directive sur le retour et à exercer par l'adoption d'une loi formelle, de ne pas appliquer cette dernière aux

sanctions pénales prévoyant ou ayant pour conséquence le retour du ressortissant étranger. Son application à l'expulsion pénale était par ailleurs conforme à la modification des dispositions d'exécution en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016, réglant de manière identique le renvoi et l'expulsion. Ainsi, dans la mesure où il était un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier n'ayant jamais fait l'objet d'une procédure d'exécution de son renvoi, aucune peine privative de liberté ne pouvait lui être infligée. Il pouvait du reste acquitter une peine pécuniaire par le biais d'une compensation de sa créance en indemnisation vis-à-vis de l'Etat.

La peine querellée était de toute manière disproportionnée. Le premier juge avait ignoré la nature continue de l'infraction de rupture de ban et les conséquences en résultant sur la peine maximale admissible. Au vu des deux peines privatives de liberté déjà prononcées de ce chef totalisant 15 mois, le plafond de 180 jours de la peine pécuniaire avait déjà été atteint. Abstraction faite de cette limite, sa faute était réduite au vu de la courte période pénale et de l'absence de toute aide des autorités. Seule une peine de 40 jours-amende à CHF 10.- l'unité entraînait subsidiairement en considération.

c. Le MP conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais.

Les références jurisprudentielles et normatives sur lesquelles s'appuyait le prévenu pour exclure le prononcé d'une peine privative de liberté ne concernaient que le séjour illégal et non l'infraction de rupture de ban qui lui était reprochée. Ce genre de peine était pour le surplus justifiée par les éléments du dossier et le pronostic manifestement défavorable. Les antécédents spécifiques du prévenu n'empêchaient pas une nouvelle condamnation au vu de la nature continue de la rupture de ban et de la compatibilité avec le principe "*ne bis in idem*" d'une telle condamnation en tant qu'elle portait sur la période postérieure au dernier jugement.

D. A_____, célibataire et sans enfant, a suivi l'école primaire puis appris le métier de menuisier en Algérie. Il est venu en Suisse en 2010 afin de chercher du travail. Sans réel emploi, il explique subvenir à ses besoins grâce à l'aide d'amis et à des "*coups de main*" donnés sur les marchés. A sa sortie de prison, il souhaite quitter la Suisse.

A teneur de l'extrait de son casier judiciaire, en sus des trois antécédents susmentionnés, A_____ a été condamné à 11 reprises depuis le 29 juin 2010, principalement pour des infractions contre le patrimoine et à la LEI.

E. M^e C_____, défenseur d'office de A_____, dépose un état de frais pour la procédure d'appel, comptabilisant 30 minutes d'entretien avec le client, 10 minutes de rédaction de la déclaration d'appel, 1h d'examen du jugement de première instance et 6h de rédaction du mémoire d'appel.

Son activité en première instance a été indemnisée à hauteur de 9h20.

EN DROIT :

1. **1.1.** 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 [CPP]).

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

1.2. En l'espèce, il résulte des conclusions prises par l'appelant dans son mémoire d'appel qu'il ne conteste plus sa culpabilité en relation avec l'infraction de rupture de ban durant la période du 12 janvier au 16 mars 2020. Seule la peine fait ainsi l'objet des débats d'appel.

2. **2.1.** 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 Achughbadian ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_787/2014 du 27 novembre 2014 consid. 2.1 ; 6B_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.4).

Le Tribunal fédéral a déduit de la jurisprudence européenne que la Directive sur le retour n'est pas applicable, en vertu de son art. 2 par. 2 let. b, aux ressortissants des pays tiers ayant commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs autres délits en dehors du droit pénal sur les étrangers. En particulier, en cas de concours avec le non-respect d'une interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 119 al. 1 LEI), si cette mesure vise à protéger la sécurité et l'ordre public (art. 74 al. 1 let. a LEI), elle est soustraite du champ d'application de la Directive sur le retour (ATF 143 IV 264 consid. 2.4 et 2.6).

2.2. En l'espèce, le prévenu s'est rendu coupable d'un délit de rupture de ban, soit une infraction contre l'autorité publique, qui ne ressortit pas à la législation sur les étrangers ni ne se borne à sanctionner un séjour irrégulier. Elle réprime l'irrespect d'une mesure d'expulsion, elle-même prononcée en raison de la commission de crimes ou délits (cf. art. 66a et 66a^{bis} CP). Elle a ainsi pour but de protéger l'ordre public, étant destinée à garantir l'exécution de décisions d'expulsion et constituant une forme particulière d'insoumission à une décision de l'autorité (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, 2^{ème} éd., Bâle 2017, n. 2 ad art. 291 CP).

Le prévenu n'est donc pas soumis à la Directive sur le retour dans le cas présent. Il se prévaut vainement de son art. 2 par. 2 let. b, puisque le Tribunal fédéral en a précisément déduit la non-application en présence d'un autre délit que le séjour illégal. Le prévenu ne peut rien tirer non plus du point 8.2 des Directives LEI. Selon celles-ci, le législateur suisse n'a certes pas décidé de manière générale d'exclure l'application de la Directive sur le retour aux ressortissants de pays tiers faisant

l'objet d'une sanction pénale, mais prévu des dispositions y dérogeant notamment dans le code pénal.

Le prononcé d'une peine privative de liberté ne viole ainsi pas le droit international.

3. La rupture de ban est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 291 CP).

3.1. 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 ; 136 IV 55 consid. 5 ; 134 IV 17 consid. 2.1 et 129 IV 6 consid. 6.1).

3.2. Sauf disposition contraire, la peine pécuniaire est de trois jours-amende au moins et ne peut excéder 180 jours-amende (art. 34 al. 1 CP).

Le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si (a) une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits, ou (b) s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée (art. 41 al. 1 CP).

3.3. 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 (art. 42 al. 1 CP).

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 (art. 42 al. 2 CP).

3.4. En l'espèce, la faute de l'appelant est importante. Il a totalement ignoré la mesure d'expulsion pénale durant la période en cause alors qu'ayant expliqué avoir voulu se rendre en France le jour de son interpellation pour voir un ami, il faut en définitive retenir qu'il lui était loisible de quitter le territoire à tout moment. En situation irrégulière en Suisse depuis 2010, nonobstant une interdiction d'entrée notifiée le 26 février 2016 et l'expulsion du 23 mai 2018, son attitude témoigne d'un profond mépris de l'autorité, tout comme des règles régissant le séjour des étrangers. Qu'il ignorât l'existence d'une aide destinée aux étrangers souhaitant regagner leur pays d'origine n'est pas crédible ; cette circonstance fût-elle établie, elle ne constituerait au demeurant pas un fait justificatif. Il résulte de son comportement ainsi que de ses déclarations fluctuantes sur ses projets d'avenir qu'il n'a en réalité aucune intention de quitter la Suisse. Pour la même raison, ses explications selon lesquelles il solliciterait l'aide au retour à sa prochaine sortie de prison pour rentrer en Algérie, apparaissent n'être que de circonstance et ne sont pas dignes de foi. Il n'a ainsi manifesté aucune prise de conscience de sa faute ni aucun amendement.

Ses antécédents pénaux sont nombreux et il a déjà été condamné à deux reprises spécifiquement pour rupture de ban.

Au vu de ce qui précède, la peine prononcée par le premier juge est conforme au droit et sera confirmée. Une peine pécuniaire est exclue par les éléments mis en évidence ci-avant, en particulier l'importance de la faute et de la récidive, imposant que la peine soit d'une quotité supérieure à six mois. Elle ne serait en tout état pas envisageable au vu de l'absence manifeste d'effet dissuasif des peines précédemment prononcées, alors que l'intéressé avait déjà été privé de sa liberté.

L'octroi du sursis n'entre pas en ligne de compte eu égard à la peine de plus de six mois prononcée contre le prévenu le 12 décembre 2018 et l'absence de circonstances particulièrement favorables.

4. Les motifs ayant conduit le premier juge à prononcer, par ordonnance séparée du 6 juillet 2020, le maintien de l'appelant en détention pour des motifs de sûreté sont toujours d'actualité, de sorte que la mesure sera reconduite *mutatis mutandis* (ATF 139 IV 277 consid. 2.2 à 2.3).
5. L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'Etat (art. 428 CPP), qui comprendront un émolument CHF 1'200.- (art. 14 al. 1 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale [RTFMP - E 4 10.03]).
6. **6.1.** Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office ou le conseil juridique gratuit (cf. art. 138 al. 1 CPP) est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. S'agissant d'une affaire soumise à la juridiction cantonale genevoise, l'art. 16 du règlement sur l'assistance juridique (RAJ) s'applique.

L'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure est majorée de 20% jusqu'à 30 heures de travail, décomptées depuis l'ouverture de la procédure, et de 10% lorsque l'état de frais porte sur plus de 30 heures, pour couvrir les démarches diverses, telles la rédaction de courriers ou notes, les entretiens téléphoniques et la lecture de communications, pièces et décisions (arrêt du Tribunal fédéral 6B_838/2015 du 25 juillet 2016 consid. 3.5.2 ; voir aussi les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2016.34 du 21 octobre 2016 consid. 4.1 et 4.2 et BB.2015.85 du 12 avril 2016 consid. 3.5.2 et 3.5.3). Des exceptions demeurent possibles, charge à l'avocat de justifier l'ampleur d'opérations dont la couverture ne serait pas assurée par le forfait.

6.2. En l'occurrence, l'activité du défenseur d'office concernant l'entretien avec son client (0h30) et la rédaction du mémoire d'appel (6h) sera intégralement indemnisée, contrairement au temps consacré à la rédaction de la déclaration d'appel et à l'examen du jugement querellé, compris dans le forfait pour activités diverses.

En conclusion, la rémunération sera arrêtée à CHF 1'680.-, correspondant à 6h30 d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 1'300.-) plus la majoration forfaitaire de 20% (CHF 260.-) et l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% en CHF 120.-.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/674/2020 rendu le 6 juillet 2020 par le Tribunal de police dans la procédure P/9330/2020.

Le rejette.

Ordonne le maintien de A_____ en détention pour des motifs de sûreté.

Condamne A_____ aux frais de la procédure d'appel, en CHF 1'375.-, qui comprennent un émolument de CHF 1'200.-.

Arrête à CHF 1'680.-, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M^e C_____, défenseur d'office de A_____.

Confirme le jugement entrepris, dont le dispositif est le suivant :

"Déclare A_____ coupable de rupture de ban pour la période du 12 janvier 2020 au 16 mars 2020 (art. 291 CP).

Acquitte A_____ du chef de rupture de ban s'agissant de la période pénale du 17 mars 2020 au 31 mai 2020 (art. 291 CP).

Condamne A_____ à une peine privative de liberté de 9 mois, sous déduction de 37 jours de détention avant jugement (art. 40 CP).

Ordonne, par prononcé séparé, le maintien en détention pour des motifs de sûreté de A_____ (art. 231 al. 1 CPP).

Fixe à CHF 2'520.20 l'indemnité de procédure due à Me C_____, défenseur d'office de A_____ (art. 135 CPP).

Condamne A_____ aux frais de la procédure, qui s'élèvent à CHF 1'149.-, y compris un émolument de jugement de CHF 300.- (art. 426 al. 1 CPP).

Fixe l'émolument complémentaire de jugement à CHF 600.-."

Notifie le présent arrêt aux parties.

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

Siégeant :

Monsieur Vincent FOURNIER, président ; Messieurs Pierre BUNGENER et Gregory ORCI, juges.

La greffière :

Melina CHODYNIECKI

Le président :

Vincent FOURNIER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), 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, sous la réserve qui suit.

Dans la mesure où il a trait à l'indemnité de l'avocat désigné d'office ou du conseil juridique gratuit pour la procédure d'appel, et conformément aux art. 135 al. 3 let. b CPP et 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP), le présent arrêt peut être porté dans les dix jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 39 al. 1 LOAP, art. 396 al. 1 CPP) par-devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (6501 Bellinzona).

ETAT DE FRAIS

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 1'749.00

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

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 00.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 100.00

Procès-verbal (let. f) CHF 00.00

Etat de frais CHF 75.00

Emolument de décision CHF 1'200.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 1'375.00

Total général (première instance + appel) : CHF **3'124.00**