



POUVOIR JUDICIAIRE

P/3352/2021

AARP/172/2023

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 12 mai 2023

Entre

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

demandeur en révision,

contre l'ordonnance pénale OPMP/4040/2021 rendue le 30 avril 2021 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, case postale 3565, 1211 Genève 3,

défendeur en révision.

Siégeant : Madame Catherine GAVIN, présidente ; Messieurs Pierre BUNGENER et Vincent FOURNIER, juges.

EN FAIT :

- A. a.** Par mémoire du 2 décembre 2022, A_____ demande la révision de l'ordonnance pénale (OPMP) rendue le 30 avril 2021, par laquelle le Ministère public (MP) l'a reconnu coupable de rupture de ban (art. 291 al. 1 du code pénal [CP]) et d'infraction à l'art. 19a ch. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants (LStup), le condamnant à une peine privative de liberté de 180 jours, sous déduction d'un jour de détention avant jugement, et à une amende de CHF 200.-, frais à sa charge.

Cette ordonnance pénale, non valablement frappée d'opposition, est entrée en force.

- b.** A_____ conclut à l'annulation de l'ordonnance pénale, à son acquittement pour rupture de ban et à son indemnisation pour détention injustifiée en CHF 36'000.- pour les 180 jours de peine privative de liberté effectivement subis. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de l'ordonnance et au renvoi de la cause devant la juridiction compétente pour prononcer son acquittement et son indemnisation.

Il demande par ailleurs à être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

- a.** A_____, né le _____ 1986 en Côte d'Ivoire, est arrivé en Suisse en 2004. Il a alors déposé une demande d'asile ayant abouti à une décision de non-entrée en matière la même année. Son expulsion pour une durée de dix ans a été prononcée par arrêt de la Chambre pénale d'appel et de révision (CPAR) du 13 mars 2019.

- b.a.** Selon l'OPMP du 30 avril 2021, il était notamment reproché à A_____ d'avoir, à Genève, à tout le moins entre le 23 septembre et le 21 décembre 2020, persisté à séjourner sur le territoire suisse au mépris de l'expulsion judiciaire prononcée à son encontre le 13 mars 2019.

- b.b.** Lors de son audition par la police le 21 décembre 2020, le prévenu, qui avait renoncé à être assisté par un avocat, avait admis savoir faire l'objet d'une expulsion pénale valable du 14 mai 2019 au 13 mars 2029. Il avait indiqué comme motif qui s'opposerait à son expulsion de Suisse qu'il ne connaissait plus personne en Afrique et qu'il "*ne saurai[t] pas où aller*".

Il n'a pas été entendu par le MP.

- C. a.** Dans sa demande en révision, A_____ expose, pièces à l'appui, que par décision du 5 septembre 2022, le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) avait reconnu son statut d'apatride. Cette décision constituait un moyen de preuve nouveau visant à

démontrer l'apatridie déjà alléguée par lui lorsqu'il avait indiqué ne pas savoir où aller.

La CPAR l'avait d'ailleurs, par arrêt du 15 septembre 2022 rendu dans la cause P/1_____/2021, acquitté du chef de rupture de ban en raison de cette décision.

À teneur de cet arrêt, la CPAR a retenu que l'appelant avait toujours affirmé, dans les différentes procédures le concernant depuis 2019, qu'il ne savait pas quelle était sa nationalité et qu'il n'avait aucun pays où il pouvait résider légalement. Aucun élément au dossier ne permettait de soupçonner que l'appelant aurait été déchu de sa nationalité durant la période pénale alors concernée. L'impossibilité objective de quitter le territoire entraînait ainsi l'absence d'intention de violer l'art. 291 CP.

Cela étant, il ressort également de ladite décision que la CPAR avait systématiquement écarté, dans ses précédents arrêts des 13 mars 2019 (décision d'expulsion) et 25 janvier 2022 (culpabilité pour rupture de ban), l'argumentation du demandeur tirée de son statut allégué d'apatride, au motif qu'il lui appartenait de le faire constater par les autorités compétentes. Par ailleurs, celui-ci avait allégué avoir enfin saisi le SEM en date du 28 mars 2022, en réaction à l'arrêt du 25 janvier 2022, pour mettre fin à la spirale dans laquelle il se trouvait.

b. Le MP conclut au rejet de la demande. La reconnaissance par le SEM du statut d'apatride de A_____ entraînait certes une modification de son statut juridique, avec des effets dans le futur mais sans effet rétroactif. Le demandeur n'invoquait aucun fait nouveau, indiquant être né apatride.

Le fait nouveau que constituait la reconnaissance de son statut ne justifiait pas qu'il devait être entré en matière sur la demande de révision, les motifs de révision étant énumérés exhaustivement à l'art. 410 CPP.

c. M^e B_____ dépose un état de frais pour la procédure de révision, facturant, sous des libellés divers, 1h50 d'activité de chef d'étude et 2h05 d'activité de stagiaire.

EN DROIT :

1. 1.1.1. La CPAR est l'autorité compétente en matière de révision (art. 21 al. 1 let. b du Code de procédure pénale suisse [CPP] *cum* art. 130 al. 1 let. a de la Loi d'organisation judiciaire [LOJ]).

1.1.2. L'art. 410 al. 1 let. a CPP permet à toute personne lésée par un jugement entré en force d'en demander la révision s'il existe des faits ou des moyens de preuve qui étaient inconnus de l'autorité inférieure et qui sont de nature à motiver l'acquiescement ou une condamnation sensiblement moins sévère du condamné.

1.1.3. La demande en révision en raison de faits ou de moyens de preuve nouveaux n'est soumise à aucun délai (art. 411 al. 2 *in fine* CPP).

1.1.4. Les conditions d'une révision visant une ordonnance pénale sont restrictives. L'ordonnance pénale a pour spécificité de contraindre le condamné à s'opposer dans le délai prévu à cet effet s'il n'adhère pas à sa condamnation. Le système serait compromis si, une fois le délai d'opposition échu sans avoir été utilisé, le condamné pouvait revenir sur l'acquiescement ainsi donné et demander selon son bon vouloir la révision de l'ordonnance pénale pour des faits qu'il aurait déjà pu faire valoir dans une procédure ordinaire en manifestant son opposition. Une révision peut cependant entrer en considération à l'égard d'une ordonnance pénale pour des faits et des moyens de preuve importants que le condamné ne connaissait pas au moment du prononcé de l'ordonnance ou dont il ne pouvait pas se prévaloir ou n'avait pas de raisons de se prévaloir à cette époque. L'abus de droit ne sera admis qu'avec retenue. Il s'agit, dans chaque cas d'examiner, au regard des circonstances de l'espèce, si la demande tend à contourner les voies de droit ordinaires (ATF 145 IV 197 consid. 1.1 p. 199).

1.1.5. Les faits ou moyens de preuve invoqués doivent être nouveaux et sérieux.

Les faits ou moyens de preuve sont inconnus lorsque le juge n'en a pas eu connaissance au moment où il s'est prononcé, c'est-à-dire lorsqu'ils ne lui ont pas été soumis sous quelque forme que ce soit.

Ils sont sérieux lorsqu'ils sont propres à ébranler les constatations de fait sur lesquelles se fonde la condamnation et que l'état de fait ainsi modifié rend possible un jugement sensiblement plus favorable au condamné (ATF 145 IV 197 consid. 1.1 ; 137 IV 59 consid. 5.1.2 et 5.1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_688/2020 du 15 octobre 2020 consid. 1.1).

1.1.6. L'art. 412 CPP prévoit que la juridiction d'appel examine préalablement la demande de révision en procédure écrite (al. 1).

À teneur de l'art. 413 al. 2 CPP, si la juridiction d'appel constate que les motifs de révision sont fondés, elle annule partiellement ou entièrement la décision attaquée ; de plus, elle renvoie la cause pour nouveau traitement et nouveau jugement à l'autorité qu'elle désigne (let. a) ou elle rend elle-même une nouvelle décision si l'état du dossier le permet (let. b).

1.2. En l'espèce, le demandeur ne se prévaut pas d'un fait mais d'un moyen de preuve nouveau.

En effet, le moyen de preuve invoqué, soit la décision de reconnaissance du statut d'apatride rendue par le SEM le 5 septembre 2022, est un acte déclaratoire et non constitutif (V. BOILLET, *Partie I Généralités - Partie II Le statut de l'apatride in Actualité du droit des étrangers - Les apatrides – Staatenlose, Stämpfli, Berne 2016*, p. 5 ; UNHCR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, 30 June 2014, § 16 = <http://www.refworld.org/docid/53b676aa4.html>). C'est également une décision en constatation (M. S. NGUYEN, *Partie III La procédure de détermination de l'apatridie in op. cit.* p. 38).

Ce moyen de preuve est assurément nouveau puisque que la décision de reconnaissance n'avait pas encore été rendue lorsque l'OPMP en cause a été rendue.

Il est également sérieux. La rupture de ban punit en effet celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton (art. 291 CP), ce qui suppose notamment que l'auteur entre ou reste en Suisse volontairement (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1191/2019 du 4 décembre 2019 consid. 5.1 et les références citées). Il faut dès lors que l'auteur ait eu la liberté de se soumettre au droit (L. MOREILLON / N. QUELOZ / A. MACALUSO / N. DONGOIS (éds), *Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP, 2ème éd., Bâle 2020*, n. 3 et 4 *ad art.* 12).

En matière de rupture de ban, l'intention devra être niée lorsque l'expulsé ne peut pas quitter la Suisse notamment parce que son État d'origine ne l'accepte pas, étant précisé que l'on ne peut évidemment pas attendre d'une personne qu'elle enfreigne les lois d'autres pays pour quitter la Suisse (S. GRODECKI / Y. JEANNERET, *L'expulsion judiciaire, in Droit pénal - évolutions en 2018*, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Bâle 2017, pp. 167 ss, p. 182).

Il découle de ce qui précède que, comme la CPAR l'a fait dans son arrêt du 15 septembre 2022, si le MP avait eu connaissance de la décision du SEM reconnaissant l'apatridie du demandeur, il l'aurait acquitté du chef de rupture de ban.

Dès lors, il sera entré en matière sur la demande de révision, laquelle sera admise et la condamnation pour rupture de ban annulée.

2. **2.1.** Selon l'art. 428 al. 1 CPP, les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé. Il est précisé à l'al. 2 du même article que lorsqu'une partie obtient gain de cause dans une procédure de recours, les frais de la procédure peuvent être mis à sa charge si les conditions qui lui ont permis d'obtenir gain de cause n'ont été réalisées que dans la procédure de recours.

L'art. 428 al. 5 CPP dispose enfin que lorsque la demande de révision est admise, l'autorité pénale appelée à connaître ensuite de l'affaire fixe les frais de la première procédure selon son pouvoir d'appréciation.

2.2. En l'espèce, le demandeur obtient gain de cause en raison d'une décision administrative obtenue une fois sa condamnation devenue définitive, sans qu'il n'indique avoir été empêché de solliciter plus tôt la reconnaissance de son statut d'apatride. S'il avait agi plus rapidement sur le plan administratif, étant rappelé qu'il séjourne en Suisse depuis 2004, les condamnations pénales pour rupture de ban n'auraient pas été prononcées et leur révision par conséquent pas nécessaires.

Il sera dès lors condamné aux frais de la procédure de révision et ceux mis à sa charge dans l'ordonnance en cause seront confirmés.

- 3.** **3.1.1.** Aux termes de l'art. 436 al. 4 CPP, le prévenu qui, après révision, est acquitté ou condamné à une peine moins sévère a droit à une réparation du tort moral lié à une peine privative de liberté subie, dans la mesure où la privation de liberté ne peut être imputée sur des sanctions prononcées à raison d'autres infractions. L'indemnisation est calculée selon l'art. 429 CPP (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *CPP, Code de procédure pénale*, Bâle 2^{ème} édition, 2016, note 12 ad art. 436).

3.1.2. La question de l'indemnisation du prévenu (art. 429 CPP) doit être traitée en relation avec celle des frais (art. 426 CPP). Si le prévenu supporte les frais en application de l'art. 426 al. 1 ou 2 CPP, une indemnité est en règle générale exclue. En revanche, si l'État supporte les frais de la procédure pénale, le prévenu a en principe droit à une indemnité selon l'art. 429 CPP. La décision sur les frais préjuge ainsi de la question de l'indemnisation (ATF 144 IV 207 consid. 1.8.2 ; 137 IV 352 consid. 2.4.2).

3.1.3. L'art. 430 CPP al. 1 let. a. CPP dispose pour sa part que l'autorité pénale peut réduire ou refuser l'indemnité ou la réparation du tort moral lorsque le prévenu a provoqué illicitement et fautivement l'ouverture de la procédure.

3.1.4. Enfin, selon la jurisprudence, les principes du droit civil relatifs à l'indemnisation pour tort moral trouvent application à l'égard de l'indemnité de l'art. 429 alinéa 1 lettre c CPP (ATF 146 IV 231 consid. 2.3.1). À cet égard, le prévenu lésé peut se voir opposer son manquement au devoir de diminuer son propre dommage.

3.2. En l'espèce, il est constant que le demandeur sait à tout le moins depuis 2004, date à laquelle sa demande d'asile a été rejetée, qu'il doit régulariser sa situation en Suisse. En mars 2019, la CPAR a spécifiquement attiré son attention sur le fait qu'il

lui appartenait d'entreprendre rapidement les démarches pour faire reconnaître son apatridie alléguée. Pourtant, le demandeur, lequel est assisté d'un avocat depuis le début, n'a saisi le SEM qu'en date du 28 mars 2022, après sa troisième condamnation pour rupture de ban. Derechef, rien ne l'empêchait de saisir l'autorité plus tôt. Par surabondance, la procédure en constatation du statut d'apatride par-devant le SEM n'a duré que six mois.

Il s'ensuit que le demandeur en révision est responsable de la situation dans laquelle il s'est trouvé et que son manque de diligence a occasionné de nombreuses procédures qui auraient pu, sinon, être évitées. Au vu de ce qui précède, sa demande en réparation du tort moral est abusive et contraire à la bonne foi.

Pour ces différents motifs, le demandeur sera débouté de ses conclusions en indemnisation.

4. 4.1. M^e B_____ sera nommé d'office pour la défense de l'intéressé.

4.2. Considéré globalement, l'état de frais produit par M^e B_____, défenseur d'office de A_____, satisfait les exigences régissant l'assistance judiciaire en matière pénale.

La rémunération de M^e B_____ sera partant arrêtée à CHF 770.-, correspondant à 1h50 d'activité au tarif de CHF 200.-/heure et 2h05 d'activité au tarif de CHF 110.-/heure, plus la majoration forfaitaire de 20% et l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% en CHF 55.05.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Préalablement :

Désigne M^e B_____ comme défenseur d'office de A_____.

Cela fait :

Déclare recevable la demande en révision formée par A_____ contre l'ordonnance pénale OPMP/4040/2021 rendue le 30 avril 2021 par le Ministère public.

L'admet.

Annule cette ordonnance pénale.

Et statuant à nouveau :

Déclare A_____ coupable d'infraction à l'art. 19a ch. 1 de la loi sur les stupéfiants (LStup).

Le condamne à une amende de CHF 200.-.

Prononce une peine privative de liberté de substitution de 2 jours.

Dit que la peine privative de liberté de substitution sera mise à exécution si, de manière fautive, l'amende n'est pas payée.

Acquitte A_____ de rupture de ban (art. 291 al. 1 CP).

Ordonne la modification de l'inscription correspondante dans le casier judiciaire suisse de A_____.

Arrête à CHF 770.- l'indemnité de M^e B_____, défenseur d'office de A_____, pour la procédure de révision.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de première instance, arrêtés à CHF 510.-.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de révision, arrêtés à CHF 1'135.-, comprenant un émolument de CHF 1'000.-.

Rejette les prétentions en indemnisation de A_____.

Notifie le présent arrêt aux parties.

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

Le greffier :

Alexandre DA COSTA

La présidente :

Catherine GAVIN

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 Ministère public : CHF 510.00

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 60.00

Procès-verbal (let. f) CHF 0.00

Etat de frais CHF 75.00

Emolument de décision CHF 1'000.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 1'135.00

Total général (première instance + appel) : CHF **1'645.00**