

# **BGE 150 IV 329**

Bundesgericht (BGE), 2023-05-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_150 IV 329](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_150_IV_329)

FR: ATF 150 IV 329

IT: DTF 150 IV 329

## **Regeste**

Regeste Art. 291 Abs. 1 StGB; Art. 19a BetmG; Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG; Art. 124a AIG; Verweisungsbruch; Strafart. Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Rückführungsrichtlinie und zum Tatbestand des Verweisungsbruchs (E. 1.2). Art. 124a AIG findet, wie aus seinem Wortlaut hervorgeht, nur auf die Anordnung der Landesverweisung bzw. deren Vollzug Anwendung. Keine Anwendbarkeit dieser Bestimmung im Rahmen der Strafzumessung, insbesondere im Zusammenhang mit einer Verurteilung wegen Verweisungsbruchs (E. 1.3, 1.4 und 1.6.1-1.6.4).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recourant ne remet pas en cause sa condamnation pour rupture de ban ( art. 291 al. 1 CP ) et consommation de stupéfiants ( art. 19a LStup ). En revanche, il conteste le prononcé d'une peine privative de liberté à son encontre.

#### **E. 1.1**

L' art. 291 al. 1 CP punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération.

#### **E. 1.2**

La Directive sur le retour (Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier) a été reprise par la Suisse, par arrêté fédéral du 18 juin 2010 (arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre de l'échange de notes du 30 janvier 2009 entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la Directive 2008/115/CE [...] sur le retour; RS 0.362.380.042; JO L 348 du 24 décembre 2008 p. 98; RO 2010 5925). La LEI (RS 142.20) a été adaptée en conséquence (cf. ATF 147 IV 232 consid. 1.2 et les arrêts cités; arrêt 6B\_1092/2021 du 23 mai 2022 consid. 3.1). Les juridictions suisses doivent faire leur possible pour mettre en oeuvre la jurisprudence européenne relative à cette directive ( ATF 147 IV 232 consid. 1.2; ATF 143 IV 264 consid. 2.1; arrêts 6B\_275/2022 du 2 septembre 2022 consid. 1.1.2; 1B\_211/2023 du 11 mai 2023 consid. 2.2.2; 6B\_1092/2021 précité consid. 3.1).

##### **E. 1.2.1**

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'exposer en détail la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) relative à la Directive sur le retour, à laquelle il peut donc être renvoyé ( ATF 147 IV 232 consid. 1.4; ATF 143 IV 249 consid. 1.4; arrêts 6B\_

275/2022 précité consid. 1.1.2; 1B\_211/2023 précité consid. 2.2.2; 6B\_1092/2021 précité consid. 3.1). Cette dernière pose le principe de la priorité des mesures de refoulement sur le prononcé d'une peine privative de liberté du ressortissant d'un pays tiers qui est en séjour illégal ( ATF 147 IV 232 consid. 1.2; ATF 143 IV 249 consid. 1.5 et 1.9; arrêts 6B\_275/2022 précité consid. 1.1.2; 1B\_211/2023 précité BGE 150 IV 329 S. 333 consid. 2.2.2; 6B\_1092/2021 précité consid. 3.1). Un tel genre de peine ne peut entrer en ligne de compte que lorsque toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour ont été entreprises ( ATF 147 IV 232 consid. 1.2; ATF 143 IV 249 consid. 1.6.2; arrêts 6B\_275/2022 précité consid. 1.1.2; 1B\_211/2023 précité consid. 2.2.2; 6B\_1092/2021 précité consid. 3.1). Selon la jurisprudence européenne, les termes "mesures" et "mesures coercitives" se réfèrent à toute intervention qui conduit de manière efficace et proportionnée au retour de l'intéressé (cf. arrêt CJUE du 6 décembre 2011 Achughabian C-329/11 point 36; cf. ATF 143 IV 249 consid. 3.1; arrêt 6B\_1092/2021 précité consid. 3.1).

### **E. 1.2.2**

Le Tribunal fédéral a également considéré que les principes dégagés de la jurisprudence de la CJUE, examinés par la Cour de céans sous l'angle du séjour illégal au sens de l' art. 115 al. 1 let. b LEI , devaient être transposés à la rupture de ban au sens de l' art. 291 CP ( ATF 147 IV 232 consid. 1.6; arrêts 6B\_275/2022 précité consid. 1.1.2; 1B\_211/2023 précité consid. 2.2.2; 6B\_1092/2021 précité consid. 3.1).

### **E. 1.2.3**

Se référant à la jurisprudence européenne (arrêt Achughabian , point 41), le Tribunal fédéral a jugé que la Directive sur le retour n'était pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui avaient commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs autres délits (art. 2 al. 2 let. b de la Directive sur le retour) en dehors du droit pénal sur les étrangers ( ATF 143 IV 264 consid. 2.4-2.6; arrêts 1B\_211/2023 précité consid. 2.2.2; 6B\_275/2022 précité consid. 1.1.2; 6B\_931/2016 du 6 juin 2017 consid. 2.3; 6B\_1189/2015 du 13 octobre 2016 consid. 2.1), pour autant toutefois que pris individuellement, ces délits justifient une peine privative de liberté (cf. arrêt 6B\_275/2022 précité consid. 1.3.2 s'agissant d'une infraction de rupture de ban couplée avec des infractions de vol et de violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires; cf. aussi arrêt 1B\_211/2023 précité consid. 2.2.2).

### **E. 1.3**

D'après l' art. 124a LEI , en vigueur depuis le 22 novembre 2022, (cf. arrêté fédéral du 18 décembre 2020 portant approbation et mise en oeuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise des bases légales concernant l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen [SIS],[RO 2021 365 p. 8; RO 2022 636; FF 2020 3361, 3414-3416]), la Directive sur le retour ne s'applique pas à la décision et à BGE 150 IV 329 S. 334 l'exécution de l'expulsion au sens des art. 66a ou 66a bis CP ou 49a ou 49a bis du Code pénal militaire (CPM; RS 321.0).

#### **E. 1.3.1**

Il ressort des débats parlementaires que, avec cette disposition, la Suisse a voulu se réserver explicitement le droit d'expulser les ressortissants criminels d'États tiers de manière souveraine, indépendamment de l'évolution du droit de l'UE, concrètement de la Directive sur le retour. L' art. 124a LEI a été introduit afin d'exclure notamment que les tribunaux et les autorités suisses soient tenus de respecter, lors du prononcé d'une décision d'expulsion ou de son exécution, les motifs d'empêchement prévus à l'art. 5 de la Directive sur le retour

ainsi que d'autres garanties ou prescriptions minimales qui y figurent. Cela vaut également pour l'interprétation de cette dernière disposition par la CJUE et pour les modifications de la Directive sur le retour qui seront décidées à l'avenir (cf. BO 2020 CE 1195). L'art. 5 de la Directive sur le retour, ayant comme intitulé "Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale" prévoit que, lorsqu'ils mettent en oeuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte: a) de l'intérêt supérieur de l'enfant, b) de la vie familiale, c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers, et respectent le principe de non-refoulement. Selon la volonté parlementaire, les tribunaux et les autorités suisses doivent uniquement se baser sur le droit national et sur les dispositions de droit international effectivement contraignantes comme la CEDH pour prendre leurs décisions (d'expulsion, respectivement en lien avec son exécution) et non sur la Directive sur le retour (cf. BO 2020 CE 1195). Avec l'adoption de l' art. 124a LEI , l'objectif du législateur était d'empêcher que, par la mise en oeuvre de la Directive sur le retour, on paralyse l'initiative "pour le renvoi des étrangers criminels" acceptée par le peuple. L' art. 124a LEI a ainsi été proposé comme solution pour restaurer, dans ce domaine particulier, une forme de primauté du droit interne, de sorte que la Directive sur le retour ne s'appliquera pas à la décision ni à l'exécution des expulsions judiciaires (cf. BO 2020 CN 2309). Par ce biais, la Suisse a fait usage de la possibilité laissée aux États membres de ne pas appliquer la Directive sur le retour aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition (cf. art. 2 ch. 2 BGE 150 IV 329 S. 335 let. b de la Directive sur le retour; BO 2020 CE 1195; cf. aussi Modification de la directive LEI, Directives Domaines des étrangers, état au 1 er octobre 2022, ch. 8.2 et 8.4.2.1.2).

### **E. 1.3.2**

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que l' art. 124a LEI ne s'applique que, comme son libellé l'indique, aux décisions d'expulsion, respectivement à leur exécution (cf. arrêt 1B\_211/2023 précité consid. 2.4).

### **E. 1.4**

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste ( ATF 148 IV 148 consid. 7.3.1; ATF 147 V 35 consid. 7.1; ATF 145 IV 17 consid. 1.2 et les références citées).

### **E. 1.5**

La cour cantonale a estimé que la question pourrait rester ouverte de savoir si les mesures raisonnables avaient été entreprises en vue de l'éloignement du recourant, respectivement si celui-ci avait échoué en raison du comportement de l'intéressé. L'autorité précédente a considéré que la période pénale visée dans l'acte d'accusation était postérieure à l'entrée en vigueur de l' art. 124a LEI et que, par conséquent, la Directive sur le retour n'était désormais

plus applicable et le prononcé d'une peine privative de liberté était possible. La cour cantonale a ainsi condamné le recourant à une peine privative de liberté ferme de 6 mois en lieu et place de la peine pécuniaire de 180 jours-amende à 30 fr. le jour fixée par le tribunal de première instance pour l'infraction de rupture de ban.

## **E. 1.6**

Le raisonnement de la cour cantonale ne peut pas être suivi.

### **E. 1.6.1**

La cour cantonale se méprend sur la portée, dans le cas d'espèce, de l'art. 124a LEI. En effet, comme le Tribunal fédéral l'a déjà rappelé (cf. supra consid. 1.3.2), cette disposition ne s'applique qu'aux décisions d'expulsion, respectivement à leur exécution. Or, BGE 150 IV 329 S. 336 tel n'est pas le cas en l'espèce, étant donné que la présente cause a pour objet une condamnation pour rupture de ban (et pour consommation de stupéfiants), soit la transgression intentionnelle d'une décision d'expulsion et non pas la décision d'expulsion elle-même. Du reste, contrairement à ce que semble soutenir le Ministère public dans ses déterminations, il ne ressort aucunement des travaux parlementaires que, avec l'adoption de l'art. 124a LEI, la volonté du législateur était celle de s'affranchir de la Directive sur le retour lorsque le prévenu est condamné, comme en l'espèce, pour rupture de ban, ni que cette disposition devait s'appliquer dans le cadre de la fixation de la peine d'une telle infraction. Rien ne plaide donc, en l'occurrence, en faveur d'une interprétation extensive de cette norme. Au contraire, il ressort clairement des débats parlementaires que l'objectif poursuivi par le législateur était celui d'exclure du champ d'application de la Directive sur le retour les décisions d'expulsion et leur exécution afin de renforcer l'application du droit interne suite à l'acceptation par le peuple suisse de l'initiative "pour le renvoi des étrangers criminels" ("initiative sur le renvoi"; FF 2011 2593; cf. art. 121 al. 3-6 Cst.). Comme susmentionné, l'art. 124a LEI a en effet notamment été adopté afin que les tribunaux suisses puissent ne pas être liés, lors du prononcé d'une décision d'expulsion ou de son exécution, par les motifs d'empêchement prévus à l'art. 5 de la Directive sur le retour et par l'interprétation de cette disposition faite par la CJUE. L'art. 124a LEI a également été introduit pour se prémunir d'éventuelles modifications de la Directive sur le retour qui seront décidées à l'avenir touchant aux décisions d'expulsion et à leur exécution, sur lesquelles la Suisse souhaite garder sa souveraineté (cf. supra consid. 1.3.1).

### **E. 1.6.2**

Au demeurant, la lettre de l'art. 124a LEI est claire et ne fait aucune référence au genre de peine sanctionnant les infractions en lien avec le prononcé d'une expulsion. Par ailleurs, sous l'angle systématique, l'art. 124a LEI figure au chapitre intitulé "Dispositions finales" et non dans celui énonçant les dispositions pénales (cf. ch. 16: art. 115-120e LEI), concernant le type de peines prononcé en cas d'infraction au droit des étrangers.

### **E. 1.6.3**

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, la jurisprudence rendue à ce jour par le Tribunal fédéral en lien avec la Directive sur le retour et le genre de peine pouvant sanctionner les infractions de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI) ainsi que de rupture de ban (art. 291 CP) reste d'actualité (cf. supra consid. 1.2). BGE 150 IV 329 S. 337

### **E. 1.6.4**

La cour cantonale ainsi que le Ministère public semblent également se méprendre sur la portée de la jurisprudence 6B\_1092/2021 du 23 mai 2022, laquelle spécifie uniquement que le prononcé d'une décision d'expulsion au sens de l' art. 66a CP ne faisait alors pas obstacle à l'application de la Directive sur le retour et renvoie dans ce sens à l'entrée en vigueur ultérieure, en date du 22 novembre 2022, de l' art. 124a LEI .

#### **E. 1.6.5**

Pour le reste, il est à relever que le Tribunal fédéral a déjà jugé que la Directive sur le retour n'était pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui avaient commis, outre une infraction de rupture de ban, un ou plusieurs autres délits en dehors du droit pénal sur les étrangers, pour autant toutefois que, pris individuellement, ces délits justifient une peine privative de liberté (cf. supra consid. 1.2.3), ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. En effet, le recourant est mis en cause, dans la présente procédure, pour rupture de ban (cf. art. 291 al. 1 CP ) et consommation illicite de stupéfiants (cf. art. 19a LStup ), cette dernière infraction étant passible uniquement d'une amende. Dès lors, dans la mesure où le comportement appréhendé passible d'une peine privative de liberté est en l'espèce uniquement une infraction de rupture de ban, la Directive sur le retour reste applicable.

#### **E. 1.6.6**

Enfin, il ressort de l'arrêt attaqué que, selon les précisions obtenues auprès de l'OCPM, aucune décision n'a été rendue à l'encontre du recourant après "le prononcé de son expulsion" en 2020, l'intéressé étant démuné de documents d'identité et n'étant pas identifié (cf. supra let. B.e). Ainsi, il ne ressort pas de l'arrêt attaqué que des mesures en vue de l'exécution de la décision du retour - ou toute autre démarche utile dans ce sens - ont été entreprises par les autorités compétentes en vue du renvoi du recourant. De la sorte, la cour cantonale ne pouvait pas condamner le recourant à une peine privative de liberté pour avoir séjourné illégalement en Suisse malgré une décision d'expulsion, sans violer les principes dégagés par la jurisprudence européenne et fédérale relative à la Directive sur le retour, applicables au cas d'espèce.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.