

BGer 6B 1092/2021 vom 23. Mai 2022

Bundesgericht, 2022-05-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1092_2021

FR: TF 6B 1092/2021 du 23 mai 2022

IT: TF 6B 1092/2021 del 23 maggio 2022

Regeste

Rupture de ban; fixation de la peine; arbitraire | Droit pénal (en général)

Erwägungen

E. 1

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir violé la maxime d'accusation en tenant compte des échanges intervenus entre l'OCPM et le SEM relatifs aux démarches administratives le concernant. Les constatations de fait litigieuses (cf. supra let. B.a 2e §) figuraient déjà dans le jugement de première instance du 10 février 2021 (cf. jugement de première instance, let. e p. 3). Or aucun grief portant sur une éventuelle violation de la maxime d'accusation n'a été discuté par la cour cantonale, sans que le recourant ne se plaigne, à cet égard, d'un déni de justice formel. Il ne prétend d'ailleurs pas avoir soulevé ce grief de procédure précédemment. Dès lors qu'il n'apparaît pas que des éléments de fait - qui n'auraient pas déjà été évoqués par le tribunal de première instance - auraient été retenus à sa charge par la cour cantonale, le grief est irrecevable, faute d'épuisement des instances (cf. art. 80 al. 1 LTF ; cf. également ATF 143 IV 397 consid. 3.4.2 p. 405 s., sur la bonne foi en procédure).

E. 2

Le recourant conteste s'être rendu coupable de l'infraction de rupture de ban. Il se prévaut d'une impossibilité matérielle de quitter le pays durant la période pénale visée et reproche à la cour cantonale d'avoir versé dans l'arbitraire sur ce point.

E. 2.1.1

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. La rupture de ban suppose la réunion de trois conditions: une décision d'expulsion, la transgression de celle-ci et l'intention. L'infraction est consommée si l'auteur reste en Suisse après l'entrée en force de la décision, alors qu'il a le devoir de partir ou s'il y entre pendant la durée de validité de l'expulsion (ATF 147 IV 253 consid. 2.2.1 p. 255 s.; 147 IV 232 consid. 1.1 p. 234). La rupture de ban est un délit continu qui est réalisé aussi longtemps que dure le séjour illicite (ATF 147 IV 253 consid. 2.2.1 p. 256; 147 IV 232 consid. 1.1 p. 234). De jurisprudence constante, la punissabilité du séjour irrégulier suppose que l'étranger ne se trouve pas dans l'impossibilité objective - par exemple en raison d'un refus du pays d'origine d'admettre le retour de ses 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 (ATF 143 IV 249 consid. 1.6.1 p. 256 et les références citées; arrêts 6B_385/2019 du 27 septembre 2019 consid. 3.2; 6B_118/2017 du 14 juillet 2017 consid. 5.3.1). Un étranger en situation irrégulière en

Suisse ne peut donc pas être condamné en vertu de l' art. 115 al. 1 let. b LEI s'il lui est objectivement impossible de quitter légalement la Suisse (arrêts 6B_669/2021 du 11 avril 2022 consid. 3.1; 6B_118/2017 précité consid. 5.3.1 et les références citées), ce qui vaut a fortiori aussi pour l'infraction de rupture de ban au sens de l' art. 291 CP , celle-ci étant également soumise au principe de la faute (arrêt 6B_669/2021 précité consid. 3.1).

E. 2.1.2

Le Tribunal fédéral n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il est lié par les constatations de fait de la décision entreprise (art. 105 al. 1 LTF), à moins que celles-ci n'aient été établies en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, à savoir pour l'essentiel de façon arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. Une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation, mais aussi dans son résultat (ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1 p. 91 s.; 145 IV 154 consid. 1.1 p. 155 s.; 143 IV 241 consid. 2.3.1 p. 244). Le Tribunal fédéral n'entre en matière sur les moyens fondés sur la violation de droits fondamentaux, dont l'interdiction de l'arbitraire, que s'ils ont été invoqués et motivés de manière précise (art. 106 al. 2 LTF ; ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2 p. 81; 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2 p. 81; 146 IV 88 consid. 1.3.1 p. 92). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 144 II 281 consid. 3.6.2 p. 287; 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503 et les références citées).

E. 2.2

Si la condamnation du recourant du chef de rupture de ban a été confirmée en appel pour la période du 11 au 16 mars 2020, l'intéressé a été acquitté s'agissant de la période du 17 mars au 4 décembre 2020, dès lors qu'il était dans l'impossibilité de quitter la Suisse en raison de la pandémie, tous les vols commerciaux entre la Suisse et l'Algérie étant alors suspendus. Concernant la période pénale litigieuse, la cour cantonale a en substance retenu que le recourant avait reconnu n'avoir entrepris aucune démarche concrète, alors qu'il savait pertinemment être dans l'obligation de quitter le territoire. Les démarches entreprises par l'OCPM et le SEM pour mettre en oeuvre son renvoi n'avaient pas abouti, du seul fait du recourant. Le SEM n'avait pas été en mesure de donner suite au dossier, uniquement en conséquence directe du comportement dilatoire du recourant, vu son refus répété de collaborer à l'organisation de son départ. Compte tenu du parcours de l'intéressé depuis son arrivée sur le sol helvétique, et l'in vraisemblance de ses déclarations, la cour cantonale a considéré qu'il ne faisait aucun doute qu'il n'avait aucune intention de respecter les deux décisions d'expulsion et de collaborer avec les autorités. Selon l'arrêt entrepris, le départ de l'intéressé pour l'Algérie était possible, nonobstant la pandémie. Plusieurs vols commerciaux étaient encore disponibles entre le 12 et le 16 mars 2020, de sorte que le recourant avait encore une opportunité de respecter son obligation de quitter le territoire, à tout le moins d'entreprendre des démarches auprès du personnel pénitentiaire et des autorités migratoires. Considérant que l'indigence de l'intéressé et l'absence de document d'identité lui étaient imputables, elle a exclu un acquittement pour ce motif. La cour cantonale a relevé que tout au long de sa détention et jusqu'à sa libération le 10 mars 2020,

les autorités administratives étaient joignables et accessibles depuis la prison. Elles lui auraient sans aucun doute fourni un billet d'avion s'il avait fait mine de collaborer à l'exécution de l'expulsion et auraient tout mis en oeuvre pour qu'il puisse disposer d'un laissez-passer des autorités algériennes, étant rappelé qu'il aurait suffi pour cela qu'il coopère. Enfin, le nombre de passagers sur le dernier vol confirmait qu'il y avait, à tout le moins sur les trois vols précédents, des sièges de libres qui auraient pu être occupés par le recourant s'il avait respecté son obligation de quitter la Suisse.

E. 2.3

Le recourant s'en prend en vain, au stade de la qualification de l'infraction, à l'interprétation qu'a faite la cour cantonale des échanges entre le SEM et l'OCPM concernant son identification et l'avancement de son dossier (cf. néanmoins s'agissant de l'impact sur la peine, infra consid. 3). En tout état, sur la base de la lettre litigieuse dont il ressort que le SEM dépendait de la coopération du recourant, "laquelle n'[était] en l'état pas donnée" , la cour cantonale pouvait, sans arbitraire, retenir que ce dernier ne coopérait pas à son renvoi. Or, le fait pour le recourant de demeurer en Suisse sans coopérer pour réactiver son dossier alors qu'il savait faire l'objet de deux décisions d'expulsion du territoire entrées en force, suffit pour admettre qu'il les a intentionnellement transgressées, au sens de l' art. 291 CP . Dans ces circonstances, et à défaut d'un refus des autorités algériennes d'admettre son retour ou de délivrer des papiers d'identité, le recourant ne saurait se prévaloir d'une impossibilité objective de quitter la Suisse et de rentrer légalement dans son pays d'origine. D'après les faits établis sans que l'arbitraire n'en soit démontré, il avait la possibilité d'agir autrement, notamment en coopérant avec les autorités compétentes. En faisant un mauvais usage de sa liberté sur ce point, le recourant a agi fautivement, au regard de la jurisprudence topique exposée supra (consid. 2.1.1).

E. 2.4

Dans une argumentation subsidiaire, le recourant se prévaut d'une impossibilité objective de quitter le territoire après le 14 mars 2020. Il déduit des constatations cantonales que, sur les quatre vols commerciaux à destination de l'Algérie les 12, 13, 14 et 16 mars 2020, le dernier était complet. Ce faisant, le recourant procède à une libre appréciation des indications de la BAERO, de manière purement appellatoire, partant irrecevable. En tout état, rien n'indique que la capacité du vol du 16 mars 2020 était de 115 places et qu'il était plein. Au demeurant, le recourant ne prétend ni ne démontre avoir tenté ou avoir manifesté le souhait de quitter le territoire à cette date, respectivement de prendre ce vol qui lui aurait été refusé en raison d'un manque de capacité. Aussi, le recourant ne peut pas se prévaloir d'une impossibilité objective de quitter le territoire avant le 17 mars 2020, date à laquelle les vols en direction de l'Algérie ont été suspendus.

E. 2.5

En définitive, dans les circonstances d'espèce, la cour cantonale pouvait, sans violer le droit fédéral, reconnaître le recourant coupable de rupture de ban pour la période du 11 au 16 mars 2020.

E. 3

Le recourant s'en prend au genre et à la quotité de la peine prononcée pour la seule infraction de rupture de ban.

E. 3.1

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 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 a été adaptée en conséquence (cf. ATF 147 IV 232 consid. 1.2 p. 236 et les références citées). 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 p. 236; 143 IV 264 consid. 2.1 p. 266). 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 (cf. ATF 147 IV 232 consid. 1.4 p. 237 s.; 143 IV 249 consid. 1.4 p. 253 ss). 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 p. 236; 143 IV 249 consid. 1.5 p. 256 et consid. 1.9 p. 260 s.). 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 p. 236; 143 IV 249 consid. 1.6.2 p. 257). 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 par. 36; cf. ATF 143 IV 249 consid. 3.1 p. 261 s.). 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, devaient être transposés à la rupture de ban au sens de l' art. 291 CP (ATF 147 IV 232 consid. 1.6 p. 238 s.). Il s'est fondé sur une affaire relevant d'une infraction s'apparentant à la rupture de ban ("séjour irrégulier qualifié"), dans laquelle la CJUE a rappelé que la directive sur le retour n'exclut pas l'application de dispositions pénales, réglant, dans le respect des principes de la directive et de son objectif, la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier . La CJUE a considéré que cette directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale permettant l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur le territoire de l'État membre concerné sans motif justifié (arrêt CJUE du 17 septembre 2020 JZ C-806/18, points 27 ss). Sur la base de cette considération, la CJUE a jugé qu'il était loisible aux États membres de prévoir une telle peine à l'égard de ceux, parmi ces ressortissants , qui par exemple ont des antécédents pénaux ou représentent un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale (arrêt CJUE JZ précité, point 38). De lege lata , le prononcé d'une décision d'expulsion au sens de l' art. 66a CP ne fait pas obstacle à l'application de la directive sur le retour (cf. projet d' art. 124a LEI qui prévoit que la directive sur le retour ne s'applique pas à la décision et à l'exécution de l'expulsion au sens de l' art. 66a ou 66a bis CP ; Arrêté fédéral 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] [Développements de l'acquis de Schengen] du 18 décembre 2020; FF 2020 9729).

E. 3.2

En substance, la cour cantonale a relevé que, nonobstant la brièveté de la période pénale, la faute du recourant était lourde. Son comportement dénotait un mépris total de l'autorité

publique. En plus d'avoir persisté à séjourner illégalement en Suisse depuis son arrivée, il avait enfreint deux décisions d'expulsion. Il n'avait jamais collaboré à l'exécution de ces décisions, ni pris une quelconque disposition pour s'y conformer, malgré une précédente condamnation spécifique pour rupture de ban. Sa collaboration pendant la procédure était mauvaise et son mobile égoïste. La cour cantonale a considéré qu'une peine pécuniaire n'entraîne pas en ligne de compte eu égard aux antécédents du recourant, et en particulier, à l'absence d'effet dissuasif des peines privatives de liberté fermes précédemment prononcées. Elle a considéré que la directive sur le retour ne trouvait pas application, relevant qu'en tout état de cause la jurisprudence permettait une peine privative de liberté lorsque, comme en l'espèce, l'étranger faisait obstacle à son renvoi depuis des années, alors que les autorités ont tout mis en oeuvre pour y procéder. En définitive, elle a prononcé une peine privative de liberté ferme de trois mois pour la rupture de ban commise du 11 au 16 mars 2020.

E. 3.3

Le raisonnement cantonal relatif au genre de peine ne saurait être suivi. Ainsi que le relève le recourant, il ne ressort pas de l'arrêt entrepris que toutes les mesures raisonnables en vue de son renvoi, respectivement de son expulsion, auraient été mises en oeuvre (cf. notamment art. 8 de la Directive sur le retour). Si la cour cantonale fait état d'une "demande de soutien" de l'OCPM au SEM depuis le 8 mai 2012 (à savoir près de 8 ans avant le comportement reproché), cette seule démarche ne saurait s'apparenter à une mesure suffisante en vue d'un renvoi dont on ignore s'il avait alors été prononcé. Sur la base des faits établis, dont il ne ressort pas que le recourant aurait disparu de la circulation, la cour cantonale ne pouvait retenir que les autorités avaient tout mis en oeuvre pour procéder au renvoi. D'ailleurs, quand bien même le recourant a été informé, par un courrier du 19 juin 2019 de l'OCPM remis en mains propres, que s'il ne respectait pas l'injonction de quitter le territoire, une détention administrative en vue de l'expulsion serait envisagée conformément aux art. 76 ss LEI (art. 105 al. 2 LTF ; pièce B-22), celle-ci n'a pas eu lieu. L'absence de collaboration du recourant avec le SEM pour donner suite à son dossier ne signifie pas encore qu'il a fait échouer la procédure de retour au sens où l'entend la jurisprudence de la CJUE et du Tribunal fédéral. Le fait que l'Algérie ne collabore pas avec la Suisse en matière de vols spéciaux ne dispensait pas les autorités administratives de toute démarche en vue du renvoi du recourant (cf. ATF 147 IV 232 consid. 1.7 p. 239; arrêt 6B_106/2016 du 7 décembre 2016 consid. 1.4.2). Dans ces circonstances, et faute de démarche concrète et effective en vue de l'éloignement du recourant, la cour cantonale ne pouvait condamner ce dernier 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.

E. 3.4

Le recours doit être admis sur ce point, l'arrêt entrepris annulé et la cause renvoyée à la cour cantonale pour qu'elle fixe une peine compatible avec la jurisprudence exposée supra ainsi qu'avec les principes déduits de l'art. 47 CP. Elle se prononcera également sur les prétentions du recourant relatives à l'indemnisation de sa détention, en fonction de la peine prononcée et rendra une nouvelle décision sur les frais de la procédure cantonale.

E. 4

Il s'ensuit que le recours doit être partiellement admis (consid. 3), l'arrêt attaqué doit être annulé s'agissant de la peine et l'indemnisation. La cause doit être renvoyée à la cour

cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Pour le surplus, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Le recourant a requis l'assistance judiciaire. Il ne supportera pas de frais et peut prétendre à une indemnité de dépens réduite relative à l'admission partielle de son recours (art. 68 al. 1 LTF), ce qui rend sa demande d'assistance judiciaire sans objet dans cette mesure. Le recours était, pour le surplus, dénué de chance de succès, si bien que l'assistance judiciaire doit être refusée (art. 64 al. 1 et 2 LTF). Le recourant supportera des frais réduits en raison de l'issue de la procédure et de sa situation financière (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF).

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