

# **GE\_GERICHTE AARP/148/2015 vom 16. März 2015**

GE Cour de justice, 2015-03-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_148\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_148_2015)

FR: GE\_GERICHTE AARP/148/2015 du 16 mars 2015

IT: GE\_GERICHTE AARP/148/2015 del 16 marzo 2015

## **Erwägungen**

### **E. 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 inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

### **E. 2**

2.1.1. A teneur de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour non autorisé.

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).

- 6/13 - P/7786/2014

Il ressort des accords conclus entre la Guinée et la Suisse en matière de migration que ces deux Etats collaborent étroitement dans ce domaine et que la Guinée ne s'oppose aucunement au retour de ses ressortissants, que celui-ci soit volontaire ou non (voir le Procès verbal du comité technique guinéo-suisse en matière de retour et de réintégration de ressortissants guinéens en situation illégale en Suisse du

### **E. 2.2**

L'appelant conteste en phase d'appel la réalisation de l'infraction de séjour illégal, subsidiairement conclut à une exemption de peine, plus subsidiairement conteste le type de peine infligé. Bien que les éléments portés à la connaissance de la CPAR sur la situation administrative de l'appelant soient lacunaires, il ne fait aucun doute que l'appelant ne disposait pas des autorisations nécessaires pour séjourner en Suisse entre le \_\_\_\_\_ mars

2014, lendemain de sa dernière sortie de prison, et le jour de son arrestation, le \_\_\_\_\_ avril 2014. L'appelant lui-même a reconnu l'irrégularité de son séjour, dont devant le juge de première instance, dûment assisté de son conseil, avant de se raviser en procédure d'appel.

Pour cette période pénale, il n'existait par ailleurs aucun empêchement extérieur au retour de l'appelant dans son pays d'origine, dès lors que la Guinée collabore avec la Suisse à la réintégration de ses ressortissants et qu'il n'était pas encore dangereux de se rendre dans ce pays en raison des risques sanitaires liés à l'épidémie d'Ebola. L'appelant est donc bien le seul responsable de la situation créée et il reconnaît n'avoir entrepris, durant toutes ces années, aucune démarche en vue de son retour dans son pays d'origine. Vu qu'il n'existait à l'époque considérée aucun empêchement sérieux, situationnel ou personnel, au retour de l'appelant dans son pays d'origine, l'infraction de séjour illégal qui lui est reprochée est bien réalisée et le jugement entrepris doit être confirmé sur ce point. 3. 3.1.1. Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté ferme de moins de six mois uniquement si les conditions du sursis à l'exécution de la peine (art. 42 CP) ne sont pas réunies et s'il y a lieu d'admettre que ni une peine pécuniaire, ni un travail d'intérêt général ne peuvent être exécutés. A titre de sanctions, le nouveau droit fait de la peine pécuniaire (art. 34 CP) et du travail d'intérêt général (art. 37 CP) la règle dans le domaine de la petite criminalité, respectivement de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. Dans la conception de la nouvelle partie générale du Code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale. Les peines privatives de liberté ne doivent être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Quant au travail d'intérêt général, il suppose l'accord de l'auteur. En vertu du principe de la proportionnalité, il y a lieu, en règle générale, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute, de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la

- 8/13 - P/7786/2014 liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement. Pour choisir la nature de la peine, le juge doit prendre en considération l'opportunité de la sanction déterminée, ses effets sur l'auteur et son milieu social, ainsi que son efficacité préventive (ATF 134 IV 97 consid. 4 p. 100 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_787/2014 du 27 novembre 2014 consid. 1.1, 6B\_709/2013 du 27 janvier 2014 consid. 2 et 6B\_234/2010 du 4 janvier 2011 consid. 4.1.1). Il convient préalablement de déterminer si les conditions du sursis sont réunies ou non, selon les critères posés par l'art. 42 CP (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185). Lorsque le pronostic est défavorable et que, par conséquent, un sursis est exclu, il convient de déterminer si une peine pécuniaire, respectivement un travail d'intérêt général, peuvent être exécutés. 3.1.2. Pour l'octroi du sursis, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic

défavorable. Il prime en cas d'incertitude (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2 p. 5-6 ; SJ 2008 I p. 277 consid. 2.1. p. 280). 3.1.3. L'art. 36 al. 1 CP dispose que, dans la mesure où le condamné ne paie pas la peine pécuniaire et que celle-ci est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, la peine pécuniaire fait place à une peine privative de liberté. La seule perspective que la peine pécuniaire ne puisse être exécutée ne doit cependant pas conduire a priori au prononcé d'une courte peine privative de liberté ferme. Ni la situation économique de l'auteur ni le fait que son insolvabilité est prévisible ne constituent des critères pertinents pour choisir la nature de la sanction (ATF 134 IV 97 consid. 5.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 5.1). 3.1.4. Le prononcé d'un travail général n'est justifié qu'autant que l'on puisse au moins prévoir que l'intéressé pourra, cas échéant après l'exécution, poursuivre son évolution en Suisse. Lorsqu'il est d'avance exclu que l'étranger demeure en Suisse, ce

- 9/13 - P/7786/2014 but ne peut être atteint. Aussi, lorsqu'il n'existe, au moment du jugement, aucun droit de demeurer en Suisse, ou lorsqu'il est établi qu'une décision définitive a été rendue sur son statut en droit des étrangers et qu'il doit quitter la Suisse, le travail d'intérêt général ne constitue pas une sanction adéquate (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_787/2014 du 27 novembre 2014 consid. 1.3.2 et 6B\_262/2012 du 4 octobre 2012 consid. 1.3.2). 3.1.5. Selon l'art. 52 CP, si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte – conditions cumulatives – sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à lui infliger une peine. Si les conditions indiquées à l'art. 52 CP sont réunies, l'exemption par le juge est de nature impérative (ATF 135 IV 130 consid. 5.3.2 p. 135). Si elles ne sont réalisées qu'en instance de jugement, un verdict de culpabilité est rendu, mais dépourvu de sanction (ATF 135 IV 130 consid. 5.3.2 p. 135). L'exemption de peine suppose que l'infraction soit de peu d'importance, tant au regard de la culpabilité de l'auteur que du résultat de l'acte. L'importance de la culpabilité et celle du résultat dans le cas particulier doivent être évaluées par comparaison avec celle de la culpabilité et celle du résultat dans les cas typiques de faits punissables revêtant la même qualification ; il ne s'agit pas d'annuler, par une disposition générale, toutes les peines mineures prévues par la loi (Message concernant la modification du code pénal suisse [dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal] et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 p. 1871). 3.2. En l'espèce, la faute de l'appelant n'est pas anodine. Il fait entièrement fi des normes en vigueur en matière de droit des étrangers, s'évertuant à demeurer en Suisse sans droit, et ce malgré la précédente condamnation pour séjour illégal dont il a fait l'objet. L'appelant ne semble pas déterminé à quitter le territoire suisse, s'illustrant par un comportement passif depuis maintenant plus de dix ans. Sa collaboration à la procédure a été correcte, dans la mesure où il a immédiatement reconnu les faits qui lui étaient reprochés. Toutefois, interpellé sur le territoire suisse sur lequel il séjournait sans droit, il pouvait difficilement contester les charges. Bien que conscient de l'illicéité de son comportement, la prise de conscience de l'appelant reste superficielle. Il n'entreprend aucune démarche en vue de son retour et persiste à refuser l'aide qui lui est proposée en ce sens. La situation personnelle de l'appelant ne révèle aucun facteur à décharge, sa vraisemblable absence totale de liens avec la Suisse rendant encore moins compréhensible son insistance à rester dans ce pays.

- 10/13 - P/7786/2014 L'appelant a déjà, par le passé, été condamné pour des faits similaires à ceux dont il lui est fait reproche dans la présente procédure. Ses antécédents sont donc spécifiques, en sus des condamnations pour d'autres délits. Le pronostic d'avenir de

l'appelant est défavorable. Sa précédente condamnation pour des faits similaires, remontant à décembre 2012, n'a eu sur lui aucun effet dissuasif. Une peine avec sursis ne semble donc pas apte à le détourner de commettre d'autres infractions du même type, de sorte que seule une peine ferme est envisageable. Pour les mêmes motifs, une exemption de peine ne saurait entrer en ligne de compte. Quant au genre de peine, faute d'éléments à la procédure permettant de déterminer si les autorités administratives ont entrepris ou non des démarches concrètes en vue du retour de l'appelant dans son pays d'origine, une peine privative de liberté ne saurait être prononcée dans le cas d'espèce qui se trouve être précisément la situation pour laquelle la CJUE exclut le prononcé de ce type de peine. Un travail d'intérêt général est inenvisageable vu le statut de l'appelant au regard du droit des étrangers. Ne reste ainsi, sur la base des éléments de la procédure et en application de la directive sur le retour 2008/115/CE et la jurisprudence y relative, que la possibilité du prononcé d'une peine pécuniaire. Le jugement entrepris doit partant être réformé sur ce point. 3.3.1.

Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est fixée en jours-amende dont le tribunal détermine le nombre 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. Un jour-amende est de CHF 3'000.- au plus. Le juge en arrête le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (art. 34 al. 2 CP). Le prononcé d'une peine pécuniaire modique est ainsi possible à l'encontre des personnes ne réalisant qu'un faible revenu ou qui sont démunies, tels les bénéficiaires de l'aide sociale, les personnes sans activité professionnelle, celles qui s'occupent du ménage ou encore les étudiants, par exemple (ATF 134 IV 97 consid. 5.2.3 p. 104 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 5.1).

- 11/13 - P/7786/2014 3.3.2. La faute de l'appelant n'est pas négligeable. Il lui est reproché d'avoir persisté à séjourner illégalement en Suisse, malgré une première condamnation pour des faits spécifiques en décembre 2012 et l'octroi d'une libération conditionnelle le \_\_\_\_\_ mars 2014. Il aurait pu éviter ce comportement vu les facilités de retour existant pour les ressortissants guinéens. La quotité de la peine, initialement retenue par le premier juge, reflète adéquatement ces éléments et doit en conséquence être maintenue dans le cadre de la peine pécuniaire prononcée. Compte tenu de la condition modeste de l'appelant, le montant du jour-amende sera fixé au minimum jurisprudentiel de CHF 10.-. 4. L'appelant, qui succombe partiellement, supportera la moitié des frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émolument de jugement de CHF 1'500.- (art. 428 CPP et 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010, RTFMP ; RS E 4 10.03). \* \* \* \* \*

- 12/13 - P/7786/2014

#### **E. 4**

novembre 2004 [RS 0.142.113.819] et l'accord de coopération en matière de migration entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Guinée du 14 octobre 2011, non encore entré en vigueur, mais déjà appliqué selon les informations fournies par l'ODM.

En raison de l'épidémie d'Ebola, l'ODM a décidé en date du 7 novembre 2014 de suspendre les renvois de demandeurs d'asile déboutés vers la Sierra Leone, la Guinée et le Liberia (voir arrêt du Tribunal administratif fédéral E\_6379/2014 du 17 novembre 2014). Les départs volontaires restent possibles. 2.1.2. La directive sur le retour 2008/115/CE, intégrée au droit suisse par l'arrêté fédéral du 18 juin 2010 (RO 2010 5925) et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne y relative (ci-après : la CJUE), dont les juridictions suisses doivent tenir compte (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_525/2014 du 9 octobre 2014 consid. 1.1) ne s'opposent pas au principe de la poursuite pénale d'un étranger, dans un Etat membre, du chef de séjour illégal. Seul le type de sanction susceptible d'être infligé est limité, la CJUE ayant précisé que si la directive sur le retour 2008/115/CE ne s'oppose pas à une condamnation à une peine pécuniaire réprimant le séjour irrégulier d'un ressortissant d'Etat tiers dès lors qu'une telle peine n'est pas de nature à entraver ou retarder la procédure de retour, une peine privative de liberté ne peut en revanche être prononcée 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 (CJUE, arrêts du 6 décembre 2012 C-430/11 Sagor et du 28 avril 2011 C-61/11 PPU El Dridi ; 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). La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois précisé que les ressortissants de pays tiers ayant, outre le délit de séjour irrégulier, commis un ou plusieurs autres délits, pouvaient le cas échéant, en vertu de l'art. 2, paragraphe 2, sous b, de la directive sur le retour, être soustraits au champ d'application de la directive (arrêt du

## **E. 6**

décembre 2011 C-329/11 Achughabian, ch. 41). Suivant la jurisprudence européenne, il y a donc lieu d'admettre que la Directive sur le retour n'est pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui ont 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 (A. ZÜND, Migrationsrecht, 3e éd. 2012, n. 12 ad art. 115 LEtr ; T. HUGI YAR, Das Urteil El Dridi, die EU-

- 7/13 - P/7786/2014 Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand, Jusletter du 11 juillet 2011, note 11, arrêt du Tribunal fédéral 6B\_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.2.).

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