

# **GE\_GERICHTE AARP/170/2016 vom 28. April 2016**

GE Cour de justice, 2016-04-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_170\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_170_2016)

FR: GE\_GERICHTE AARP/170/2016 du 28 avril 2016

IT: GE\_GERICHTE AARP/170/2016 del 28 aprile 2016

## **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 CPP).

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).

- 6/12 - P/18629/2013

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. 2.1**

À 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).

Par arrêté fédéral du 18 juin 2010 (RO 2010 5925), la Suisse a repris la Directive 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 (Directive sur le retour 2008/115/CE). Pour le Tribunal fédéral, il convient d'appliquer l'art. 115 LEtr en considération de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) relative à cette directive, sans quoi la participation de la Suisse à Schengen pourrait être menacée (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_525/2014 du 9 octobre 2014 consid. 1.1 et les références citées ; 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1 ; 6B\_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.1 à 1.4).

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 Achughbabian ; 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). Le Tribunal fédéral considère qu'une peine pécuniaire, en tant qu'elle est susceptible d'entraver une procédure de retour, ne peut être infligée qu'aux mêmes conditions (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1172/2014 du 23 novembre 2015 consid. 1.3).

D'après le Tribunal fédéral, la Directive sur le retour n'exclut pas l'application des dispositions pénales nationales lorsque les autorités administratives ont entrepris toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour, mais que la procédure de retour a échoué en raison du comportement de l'intéressé (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_139/2014 du 5 août 2014 consid. 2 ; 6B\_173/2013 du 19 août

- 7/12 - P/18629/2013 2013 consid. 1.4 ; 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.3 et 2.2 ; 6B\_188/2012 du 17 avril 2012 consid. 5). Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral a souligné qu'une sanction pénale pour séjour illicite n'entraîne en considération que si le renvoi était objectivement possible et qu'une procédure administrative de renvoi avait été engagée et qu'elle apparaissait d'emblée comme dénuée de toute chance de succès (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_713/2012 du 19 avril 2013 consid. 1.4). Une condamnation pénale est également possible lorsque l'étranger n'a pas collaboré à son expulsion ou a évité la prise de mesures administratives en trompant les autorités de la police des étrangers sur sa volonté de quitter la Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_713/2012 du 19 avril 2013 consid. 5). La CJUE a précisé que les ressortissants de pays tiers ayant, outre le délit de séjour irrégulier, commis un ou plusieurs autres délits, pouvaient, le cas échéant, être soustraits au champ d'application de la directive (arrêt du 6 décembre 2011 C-329/11 Achughbabian, pt 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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.2). L'Algérie est un pays qui n'accepte pas le retour de ses ressortissants par vols spéciaux (cf. Rapport du Conseil fédéral du 30 octobre 2012 en réponse au postulat du Conseiller national Hugues HILTPOLD [11.3689] - Migration en provenance de pays nord-africains [et du Yemen] - Situation en Suisse). Il apparaît ainsi qu'aucune démarche supplémentaire ne peut être exigée des autorités administratives dès lors que l'organisation d'un vol spécial est exclue et que le recourant n'entend pas lui-même coopérer à son retour. Dans ces circonstances, une condamnation du recourant à une peine privative de liberté en vertu de l'art. 115 LEtr ne contrevient pas à la Directive sur le retour (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_525/2014 du 9 octobre 2014 consid. 1.2 et 6B\_617/2012 du 11 mars 2013 consid. 1.5).

## **E. 2.2**

En l'espèce, l'appelant ne conteste pas avoir séjourné en Suisse du 23 novembre au 4 décembre 2013, sans être au bénéfice des autorisations nécessaires, démuné de papiers d'identité, de domicile fixe et de moyens d'existence, comportement constitutif de séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr. Sa condamnation pour cette seule infraction n'est pas exclue d'emblée, au vu de la jurisprudence citée ci-dessus, et pourrait intervenir sans être contraire à la Directive européenne sur le retour, dans la mesure où l'Algérie n'accepte pas le retour de ses ressortissants par vols spéciaux et que l'appelant n'entend pas collaborer à son renvoi, ce qui dispense les autorités administratives de toute démarche supplémentaire.

- 8/12 - P/18629/2013 Il apparaît toutefois que ces principes ne sont pas applicables en l'espèce. En effet, l'appelant, poursuivi pour homicide dans son pays, a fait l'objet d'une demande d'extradition, refusée par l'OFJ en juin 2012 déjà, les autorités algériennes n'ayant pas donné à la Suisse la garantie d'un procès équitable, notamment de ne pas prononcer la peine de mort. Il était dès lors clair que l'appelant ne pouvait pas être renvoyé dans son pays, ce qui explique que la question de son admission provisoire (art. 83 LEtr - permis F) sur territoire suisse ait été évoquée en 2013, l'OCPM tardant alors à proposer au SEM de prendre une telle décision. Le Ministère public a été informé de cette situation en février 2014, en particulier de la suspension de l'exécution de la décision de renvoi, soit avant le prononcé de l'ordonnance pénale du 6 mai 2014. L'appelant ne pouvait donc plus être condamné, ce qui n'a d'ailleurs plus été le cas, alors même qu'il vit toujours à Genève, pour séjour illégal. L'appelant, démuné de papiers d'identité, ne peut être renvoyé dans aucun autre pays et l'on ne saurait lui reprocher, comme le fait le Ministère public, de "n'avoir pas établi qu'il ne pouvait pas aller en France". Au vu de ce qui précède, le jugement entrepris sera annulé et l'acquittement de l'appelant prononcé.

### **E. 3.1**

L'art. 429 al. 1 let. a CPP prévoit que si le prévenu est acquitté totalement ou en partie ou s'il bénéficie d'une ordonnance de classement, il a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. Cette disposition s'applique aux voies de recours (y inclus l'appel) en vertu de l'art. 436 al. 1 CPP (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_65/2012 du 23 février 2012 consid. 2). À teneur de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, l'indemnité est limitée aux dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure du prévenu. Le prévenu peut faire valoir tous les frais liés à la défense de ses intérêts, et pas uniquement les honoraires de son avocat. On pense en particulier aux débours (photocopies et frais de port), frais de traductions ou d'expertises privées, pour autant qu'ils se soient révélés nécessaires (TC VD, Cour d'appel pénale, décision n° 85 du

### **E. 3.2**

Le montant de l'indemnité en matière de détention injustifiée (art. 429 al. 1 let. c CPP) doit être fixé en fonction de la gravité de l'atteinte portée à la personnalité (art. 49 al. 1 CO ; ATF 135 IV 43 consid. 4.1 p. 47 ; 113 IV 93 consid. 3a p. 98). Il faut tenir compte de toutes les circonstances, notamment des effets négatifs de la détention sur l'intégrité physique, psychique ou encore sur la réputation de l'intéressé (ATF 112 Ib 446 consid. 5b/aa p. 458). L'activité professionnelle du lésé doit également être prise en compte dans cette appréciation (ATF 113 IV 93 consid. 3a p. 98). En l'absence de circonstances particulières qui pourraient fonder le versement d'un montant inférieur ou supérieur, le Tribunal fédéral considère qu'un montant de CHF 200.- par jour en cas de détention injustifiée de courte durée constitue une indemnité appropriée (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_437/2014 du 29 décembre 2014 consid. 3 ; 6B\_133/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2 et les arrêts cités). Lorsque la détention injustifiée s'étend sur une longue période, la jurisprudence a précisé qu'une augmentation linéaire du montant accordé dans les cas de détentions plus courtes n'est pas adaptée, car le fait de l'arrestation et de la détention pèse d'un poids en tout cas aussi important que l'élément de durée pour apprécier l'atteinte que subit la personne incarcérée (cf. ATF 113 Ib 155 consid. 3b p. 156). Une longue période de détention, soit lorsqu'elle équivaut ou dépasse un laps de temps de l'ordre de six mois, justifie une réduction du montant de base de CHF 200.- par jour (AARP/367/2015 du 31 août 2015). Le montant obtenu sur la base d'une indemnité journalière peut être modifié en fonction des

circonstances de la privation de liberté, de la sensibilité du prévenu, du retentissement de la procédure sur son environnement, notamment sur son entourage, et de la publicité ayant entouré le procès, le fait que les proches amis du prévenu soient informés de l'ouverture d'une procédure pénale n'étant cependant pas de nature en soi à entraîner un tort moral (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011 n. 48 ad art. 429). La preuve de l'existence du dommage, son ampleur et sa relation de causalité adéquate avec la poursuite pénale introduite à tort incombent au requérant (ATF 135 IV 43 consid. 4.1 p. 47 ; 117 IV 209 consid. 4b p. 218 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_596/2007 du 11 mars 2008 consid. 2.2). Lorsque l'indemnisation se fait sous la forme d'un capital, le demandeur a droit aux intérêts de celui-ci. Ces intérêts, dont le taux s'élève à 5% (art. 73 CO ; RS 220), courent en principe à partir du jour de l'événement dommageable, et ce jusqu'au

- 11/12 - P/18629/2013 moment de la capitalisation. Il s'agit d'intérêts du dommage ou intérêts compensatoires, qui ont pour but de remettre le lésé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si la réparation du dommage avait eu lieu immédiatement (L. THÉVENOZ / F. WERRO, Commentaire romand : Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich, 2003, n. 19 ad art. 42 et n. 3 ad art. 104). Lorsque les actes à l'origine du tort moral se répètent pendant une certaine durée, il y a lieu, en l'absence de circonstances particulières, de se fonder sur un moment situé au milieu du laps de temps considéré. Telle est la pratique de la CPAR (cf. notamment AARP/5/2012 du 13 janvier 2012 et AARP/161/2011 du 7 novembre 2011 ; ACPR/72/2012 du 21 février 2012).

### **E. 3.3**

Dans la présente procédure, l'appelant, acquitté, a droit à une indemnité pour ses frais de défense. La note de frais et honoraires de son avocat de choix étant adéquate et conforme aux principes exposés ci-dessus, il se verra allouer ses conclusions avec intérêts à 5% dès le 1er mars 2015 (date moyenne).

### **E. 3.4**

Dans la procédure P/1\_\_\_\_\_, le Ministère public a abandonné la poursuite, rendant une décision de classement. L'appelant a subi 43 jours de détention et à droit à la réparation du tort moral subi, à laquelle il conclut à concurrence de 30 jours à CHF 200.- par jour. Cette somme, conforme aux principes exposés ci-dessus, lui sera allouée avec intérêts à 5% dès le 5 décembre 2013. 4. Vu l'issue de la procédure, les frais de première instance et d'appel seront laissés à la charge de l'État (art. 428 CPP a contrario). \* \* \* \* \*

- 12/12 - P/18629/2013

### **E. 7**

juillet 2011). La preuve de l'existence du dommage, son ampleur et sa relation de causalité adéquate avec la poursuite pénale introduite à tort incombent au requérant (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_596/2007 du 11 mars 2008 consid. 2.2). Son défenseur doit donc

- 9/12 - P/18629/2013 produire une liste d'opérations comportant le temps consacré et le montant de ses honoraires (arrêt du Tribunal pénal fédéral, SK.2010.27 du 12 mai 2011 ; ACPR/179/2012 du 2 mai 2012).

Les honoraires d'avocat se calculent selon le tarif local, à condition qu'ils restent proportionnés (N. SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung : Praxis- kommentar, 2e éd., Zurich 2013, n. 7 ad art. 429) ; encore faut-il que l'assistance d'un avocat ait été

nécessaire, compte tenu de la complexité de l'affaire en fait ou en droit, et que le volume de travail de l'avocat était ainsi justifié (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (CPP) du 21 décembre 2005, FF 2006 1309) ; le juge dispose d'une marge d'appréciation à cet égard, mais ne devrait pas se montrer trop exigeant dans l'appréciation rétrospective qu'il porte sur les actes nécessaires à la défense du prévenu (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO / JStPO, 2e éd., Bâle 2014, n. 19 ad art. 429). La CPR applique un tarif horaire de CHF 450.- (ACPR/112/2014 du 26 février 2014, renvoyant au tarif "usuel" de CHF 400.- ressortant de la SJ 2012 I 175 et jugé non arbitraire par le Tribunal fédéral = SJ 2014 I 426 ; ACPR/279/2014 du 27 mai 2014, ACPR/21/2014 du 13 janvier 2014) ou de CHF 400.- (ACPR/282/2014 du 30 mai 2014), notamment si l'avocat concerné avait lui-même calculé sa prétention à ce taux-là (ACPR/377/2013 du 13 août 2013). L'allocation d'une indemnité pour frais de défense selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP n'est pas limitée aux cas de défense obligatoire visés par l'art. 130 CPP. Elle peut être accordée dans les cas où le recours à un avocat apparaît tout simplement raisonnable. Il faut garder à l'esprit que le droit pénal matériel et le droit de procédure sont complexes et représentent, pour des personnes qui ne sont pas habituées à procéder, une source de difficultés. Celui qui se défend seul est susceptible d'être moins bien loti. Cela ne dépend pas forcément de la gravité de l'infraction en cause. Dans le cadre de l'examen du caractère raisonnable du recours à un avocat, il doit être tenu compte, outre de la gravité de l'infraction et de la complexité de l'affaire en fait ou en droit, de la durée de la procédure et de son impact sur la vie personnelle et professionnelle du prévenu. Par rapport à un délit ou à un crime, ce n'est qu'exceptionnellement que l'assistance d'un avocat peut être considérée comme ne constituant pas un exercice raisonnable des droits de la défense. Cela pourrait par exemple être le cas lorsque la procédure fait immédiatement l'objet d'un classement après une première audition (ATF 138 IV 197 consid. 2.3.5 p. 203 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_387/2013 du 8 juillet 2013 consid. 2.1). En revanche, lorsque le prévenu a non seulement été entendu par la police mais a surtout fait l'objet d'une condamnation par le biais d'une ordonnance pénale et que la peine infligée n'est pas négligeable, qu'à teneur de la procédure l'intéressé n'est pas

- 10/12 - P/18629/2013 familial du droit pénal, il doit être tenu pour raisonnable qu'il se soit adressé à un avocat après la notification de l'ordonnance pénale pour l'assister (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_156/2014 du 30 juin 2014 consid. 2.1 et 2.3).

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