

# **GE\_GERICHTE P/13830/2014 vom 30. Juli 2015**

GE Cour de justice, 2015-07-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_13830\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_13830_2014)

FR: GE\_GERICHTE P/13830/2014 du 30 juillet 2015

IT: GE\_GERICHTE P/13830/2014 del 30 luglio 2015

## **Regeste**

ENTRÉE ILLÉGALE; SÉJOUR ILLÉGAL; SURSIS À L'EXÉCUTION DE LA PEINE; PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ | LEtr.5.1; LEtr.115.1; CP.36.1; CP.41.1; CP.42; CP.47; CP.49.1; CP.52

## **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. L'art. 115 al. 1 LEtr réprime le comportement de celui qui contrevient aux dispositions sur l'entrée en Suisse prévues à l'art. 5 LEtr (let. a), y séjourne illégalement (let. b) ou y exerce une activité lucrative sans autorisation (let. c). 2.1.2. Selon l'art. 5 al. 1 LEtr, pour entrer en Suisse, tout étranger doit notamment avoir une pièce de légitimation reconnue pour le passage de la frontière, être muni d'un visa si ce dernier est requis (let. a) et disposer des moyens financiers nécessaires à son séjour (let. b), ne représenter aucune menace pour la sécurité et l'ordre publics ni pour les relations internationales de la Suisse (let. c) et ne faire l'objet d'aucune mesure d'éloignement (let. d).

### **E. 2.1**

Le séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr est un délit de durée, un délit continu. L'infraction est achevée au moment où le séjour prend fin (ATF 135 IV 6 consid. 3.2 p. 9 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1226/2013 du 31 mars 2014 consid. 1.1). La condamnation en raison de ce délit opère une césure, de sorte que le fait de perpétuer la situation irrégulière après le jugement constitue un acte indépendant permettant une nouvelle condamnation à raison des faits non couverts par le premier jugement, en conformité avec le principe ne bis in idem (ATF 135 IV 6 consid. 3.2 p. 9 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1226/2013 du 31 mars 2014 consid. 1.1). En vertu du principe de la culpabilité sur lequel repose le droit pénal, les peines prononcées dans plusieurs procédures pénales en raison de l'effet de césure

ne peuvent dépasser la peine maximale prévue par la loi pour l'infraction en question (ATF 135 IV 6 consid. 4.2 p. 11 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1226/2013 du 31 mars 2014 consid. 1.1). Pour prononcer une nouvelle condamnation en raison d'un délit continu et pour fixer la peine sans égard à la durée de l'infraction déjà prise en compte dans un jugement antérieur, il faut que l'auteur, après la première condamnation, prenne une nouvelle décision d'agir, indépendante de la première. En l'absence d'une telle décision, et lorsque la situation irrégulière qui doit faire l'objet d'un nouveau jugement procède de la même intention que celle qui a présidé aux faits déjà jugés, la somme des peines prononcées à raison du délit continu doit être adaptée à la culpabilité considérée dans son ensemble et ne pas excéder la peine maximale prévue par la loi ( *ibidem* ). 2.2.2. Le principe de la faute suppose toutefois la liberté d'agir autrement. Ainsi, l'on ne pourra pas reprocher pénalement à un ressortissant étranger séjournant illégalement en Suisse de n'avoir pas quitté le pays s'il se trouvait objectivement dans l'incapacité de le faire et de rentrer dans son pays d'origine, malgré le respect de ses devoirs et obligations envers les autorités de migration (G. D'ADDARIO DI PAOLO / L. VETTERLI, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer , Bern, 2010, n. 27/28 ad art. 115 LEtr ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_320/2013 du 29 août 2013 consid. 2.1 ; 6B\_783/2011 du 2 mars 2012 consid. 1.3 ; 6B\_482/2010 du 7 octobre 2010 consid. 3.2.2 ; 6B\_85/2007 du 3 juillet 2007 consid. 2.3).

### **E. 2.3**

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), 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, arrêt du 28 avril 2011 C-61/11 PPU EL DRIDI), posent le principe selon lequel une peine d'emprisonnement pour séjour illégal ne peut 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. 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 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 , 3 e éd. 2012, n. 12 ad art. 115 LEtr ; T. HUGI YAR, Das Urteil El Dridi, die EU-Rückkührungsrichtlinie 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.). 2.4.1. Dans le cas d'espèce, l'appelant admet avoir pénétré illégalement en Suisse à la fin du mois de mai/début juin 2014, et y avoir séjourné dès ce moment-là jusqu'au

### **E. 3**

3.1.1. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les

motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution ( objective Tatkomponente ). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur ( subjektive Tatkomponente ). À ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même ( Täterkomponente ), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_660/2013 du 19 novembre 2013 consid. 2.2).

3.1.2. D'après l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. En revanche, lorsque la loi pénale ne prévoit pas le même genre de peine pour toutes les infractions, l'art. 49 al. 1 CP ne s'applique pas et les peines doivent être prononcées cumulativement (ATF 137 IV 57 consid. 4.3 p. 58 ss). Il y a plusieurs peines identiques lorsque le tribunal prononce dans le cas d'espèce, pour chaque norme violée, des peines du même genre (méthode concrète) ; le fait que les dispositions pénales applicables prévoient, de manière abstraite, des peines d'un même genre ne suffit pas (ATF 138 IV 120 consid. 5.2 p. 122 ss).

3.2.1. 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. À 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'État 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 liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement. La peine pécuniaire et le travail d'intérêt général représentent des atteintes moins importantes et constituent ainsi des peines plus clémentes. Cela résulte également de l'intention essentielle, qui était au cœur de la révision de la partie générale du Code pénal en matière de sanction, d'éviter les courtes peines de prison ou d'arrêt, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, et de leur substituer d'autres sanctions. 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\_234/2010 du 4 janvier 2011 consid. 4.1.1 et 6B\_128/2011 du 14 juin 2011 consid. 3.1). Il convient donc d'examiner en premier lieu 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. 3.2.2. 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). 3.2.3. 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, elle 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 p. 104-105 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 5.1). 3.2.4. 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 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).

### **E. 3.3**

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).

### **E. 3.6**

En l'espèce, la faute de l'appelant n'est pas négligeable. Si la période pénale est certes courte, sa faute n'est pas anodine, dans la mesure où il s'évertue à revenir et séjourner en Suisse malgré ses précédentes condamnations pour séjour illégal, faisant ainsi totalement fi des lois en vigueur. Sa faute est de gravité moyenne s'agissant de l'infraction à LStup, eu égard au fait qu'il n'est question que de détention d'une faible quantité de cocaïne et au dossier qui ne permet pas de déterminer le rôle éventuel de l'appelant dans un trafic de stupéfiants. Cette faute suffit néanmoins à exclure l'exemption de peine sollicitée. La situation personnelle précaire de l'appelant n'est pas un facteur à décharge, dans la mesure où elle est la conséquence de son refus de quitter un pays où il séjourne illégalement. Ses

antécédents judiciaires sont mauvais. Il a été condamné à quatre reprises sur une période de deux ans, uniquement pour des infractions à la législation en matière de séjour des étrangers. Aucune de ces décisions ne l'a dissuadé de récidiver, de surcroît dans le délai d'épreuve d'un an fixé lors de l'octroi de sa récente libération conditionnelle. Sa collaboration à la procédure est sans particularité. S'il a immédiatement reconnu les faits qui lui étaient reprochés, il pouvait difficilement contester les charges, ayant été interpellé sur le territoire suisse où il séjournait sans droit et crachant la drogue dissimulée dans sa bouche sous les yeux des forces de l'ordre. Aucune des circonstances atténuantes prévues par l'art. 48 CP n'est réalisée, ni d'ailleurs plaidée. Il y a concours d'infractions. Vu la répétition de délits de même genre, à laquelle s'ajoutent l'infraction à la LStup et le refus explicite de l'appelant de retourner dans son pays, sans pour autant que des démarches visant à régulariser sa situation n'aient été entreprises, le pronostic ne peut qu'être défavorable, l'absence d'attaches documentées de l'appelant en Suisse ne permettant au surplus pas d'infirmier ce point de vue. A cela s'ajoute une situation précaire qui augmente encore le risque de commission de nouvelles infractions. Par conséquent, seule une peine ferme pouvait être prononcée. Au vu de la situation administrative de l'appelant en Suisse, de l'absence de toute possibilité de gain licite, et du nombre de peines privatives de liberté fermes qu'il a purgées sans effet dissuasif, tant le travail d'intérêt général que la peine pécuniaire sont exclus, de sorte qu'il doit être condamné à une peine privative de liberté. C'est donc à bon droit que le premier juge l'a condamné à une courte peine privative de liberté ferme, étant rappelé qu'aucune question spécifique ne se pose au regard de la directive sur le retour 2008/115/CE, celle-ci ne trouvant pas application. Au vu des éléments qui précèdent, et eu égard à la révocation de la libération conditionnelle pour un solde d'un mois et 23 jours, laquelle n'a été contestée que dans son principe et dont les conditions paraissent remplies, le premier juge n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation, ayant même fait preuve d'une relative clémence, en arrêtant la quotité de la peine d'ensemble à trois mois. Le jugement dont est appel sera donc entièrement confirmé.

4. L'appelant, qui succombe, sera condamné aux frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émolument de jugement de CHF 1'200.- (art. 428 al. 1 CPP par analogie et 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale ; E 4 10.03).

#### **E. 4**

En cas d'échec de la mise à l'épreuve de la personne libérée conditionnellement, si, en raison de la nouvelle infraction, les conditions d'une peine privative de liberté ferme sont réunies et que celle-ci entre en concours avec une peine privative de liberté suspendue par la mesure, le juge prononce une peine d'ensemble en application de l'art. 49 CP (art. 62a al. 2 et 86 al. 6 CP). 3.

#### **E. 5**

5.1. Les frais imputables à la défense d'office sont des débours (art. 422 al. 2 let. a CPP) qui constituent des frais de procédure (art. 422 al. 1 CPP) et doivent, conformément à l'art. 421 al. 1 CPP, être fixés par l'autorité pénale dans la décision finale au plus tard (ATF 139 IV 199 consid. 5.1 p. 201-202). Au regard de ce qui précède, la CPAR est compétente, au sens de l'art. 135 al. 2 CPP, pour statuer sur l'activité postérieure à sa saisine, le 7 avril 2015.

5.2.1. Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. S'agissant d'une affaire soumise à la juridiction cantonale genevoise, c'est le droit genevois qui s'applique, à savoir le règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et

défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale du 28 juillet 2010 (RAJ ; E 2 05.04). 5.2.2. Selon l'art. 16 al. 1 RAJ, l'indemnité due à l'avocat et au défenseur d'office en matière pénale est calculée selon le tarif horaire suivant, débours de l'étude inclus : avocat stagiaire CHF 65.- (let. a) ; collaborateur CHF 125.- (let. b) ; chef d'étude CHF 200.- (let. c). La TVA est versée en sus. L'avocat d'office a droit au remboursement intégral de ses débours (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_810/2010 du 25 mai 2011 consid. 2 et les références citées). Ceux de l'étude sont inclus dans les tarifs horaires prévus par la disposition précitée (arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, BB.2013.127 du 4 décembre 2013 consid. 3/4.2-4.4). Seules les heures nécessaires à la défense devant les juridictions cantonales sont retenues et sont appréciées en fonction notamment de la nature, de l'importance et des difficultés de la cause, de la valeur litigieuse, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu (art. 16 al. 2 RAJ). La CPAR s'est inspirée jusqu'à présent des "Instructions relatives à l'établissement de l'état de frais" et de l'"Etat de frais standard – Mode d'emploi et modèle" émis en 2002 et 2004, dans un souci de rationalisation et de simplification, par le Service de l'assistance juridique, autrefois chargé de la taxation. Une indemnisation forfaitaire de 20% jusqu'à 30 heures d'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure, ou 10% lorsque l'état de frais porte sur plus de 30 heures, est allouée pour les démarches diverses, tels la rédaction de courriers ou notes, les entretiens téléphoniques et la lecture de communications, pièces et décisions, sous réserve d'exceptions possibles, pour des documents particulièrement volumineux ou nécessitant un examen poussé, charge à l'avocat d'en justifier l'existence.

### **E. 5.3**

N'est pas considérée comme nécessaire dans l'état de frais présenté par M e B \_\_\_\_\_ l'activité suivante effectuée par elle-même : - une heure consacrée à un entretien avec son assisté ; un seul entretien d'une durée équivalente était suffisant dans le cadre de la procédure d'appel portant essentiellement sur des questions juridiques ; - une heure dédiée à la rédaction du mémoire d'appel, suffisante au regard de son contenu ; - une heure et 30 minutes consacrées à la consultation du dossier, dans la mesure où l'avocate, nommée pendant la procédure de première instance, le connaissait parfaitement. Par conséquent, l'état de frais de M e B \_\_\_\_\_ sera admis, après les déductions qui précèdent, à concurrence de deux heures d'activité au taux horaire de CHF 200.-, soit de CHF 400.-. L'indemnisation sera dès lors accordée à hauteur de CHF 518.40 (indemnité forfaitaire de 20% [CHF 80.-] et TVA à 8% [CHF 38.40] comprises). \* \* \* \* \*

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