

# GE\_GERICHTE P/2436/2018 vom 7. Februar 2019

GE Cour de justice, 2019-02-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_2436\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_2436_2018)

FR: GE\_GERICHTE P/2436/2018 du 7 février 2019

IT: GE\_GERICHTE P/2436/2018 del 7 febbraio 2019

## Regeste

LEX MITIOR ; FIXATION DE LA PEINE ; SÉJOUR ILLÉGAL | LEI.115.al1.letb; CP.2; CP.47

## 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 Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitable (art. 404 al. 2 CPP).

### E. 2

2.1.1. 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 autorisé. 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). L'infraction peut être à nouveau commise si, après avoir été jugé pour de tels faits, le condamné poursuit ou renouvelle son séjour illégal en Suisse. La condamnation en raison de ce délit opère une césure, de sorte que le fait pour le prévenu de perpétuer sa situation irrégulière après le prononcé d'un premier jugement constitue un acte indépendant permettant une nouvelle condamnation pour la période non couverte par la première décision (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). 2.1.2. 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 : la CJUE) relative à cette directive, sans quoi la participation de la Suisse à Schengen pourrait être menacée (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_1172/2014 du 23 novembre 2015 ; 6B\_525/2014 du 9 octobre 2014 consid. 1.1 et les références ; 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1 ; 6B\_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.1 à 1.4). 2.1.3. La Directive sur le retour ne s'oppose pas à ce que le droit pénal suisse réprime le séjour illégal lorsqu'une procédure de retour est mise en œuvre. En ce sens, elle ne s'oppose pas à ce que le séjour illégal soit érigé en infraction. Sur le plan de la sanction, une application de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr conforme à la Directive sur le retour et à la jurisprudence européenne impose qu'il soit renoncé à prononcer et à exécuter une peine privative de liberté lorsque l'intéressé en séjour illégal fait l'objet d'une décision de renvoi et que les mesures nécessaires pour

procéder à l'éloignement n'ont pas encore été mises en œuvre. C'est la solution adoptée par l'arrêt du Tribunal fédéral le plus récent qu'il convient de suivre (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_106/2016 du 7 décembre 2016). En revanche, le prononcé d'une peine pécuniaire n'est pas incompatible avec la Directive sur le retour, pour autant qu'elle n'entrave pas la procédure de retour. Une telle sanction ne nécessite pas, à teneur de la jurisprudence européenne rendue à ce jour, que toutes les mesures nécessaires au renvoi aient préalablement été mises en œuvre. En cela, il y a lieu de s'écarter de la solution retenue dans l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1172/2014 du 23 novembre 2015 (ATF 143 IV 249 consid. 1.9). Ainsi, si la procédure de renvoi n'a pas été menée jusqu'à son terme par les autorités administratives, ce n'est pas le prononcé d'une peine pécuniaire qui l'a entravée. Cette sanction ne s'oppose dès lors pas à la Directive sur le retour et à la jurisprudence européenne rendue en la matière (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_308/2016 du 15 mai 2017 consid. 3.2 = SJ 2018 I 109).

2.1.4.1. L'art. 2 CP délimite le champ d'application de la loi pénale dans le temps. Son alinéa 1 pose le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, en disposant que cette dernière ne s'applique qu'aux infractions commises après son entrée en vigueur. Son alinéa 2 fait exception à ce principe pour le cas où l'auteur est mis en jugement sous l'empire d'une loi nouvelle ; en pareil cas, cette dernière s'applique si elle est plus favorable à l'auteur que celle qui était en vigueur au moment de la commission de l'infraction (lex mitior). L'on applique ainsi en principe la loi en vigueur au moment où l'acte a été commis (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013, consid. 1.1.). L'art. 2 CP ne permet en revanche pas à l'auteur de bénéficier, le cas échéant, d'une loi plus favorable qui n'était pas en vigueur au moment où il a commis l'infraction et qui ne l'est plus au moment où il est mis en jugement. Pour comparer la sévérité de l'ancien et du nouveau droit, il y a lieu de procéder à un examen concret, en tenant compte de l'état de fait complet. Il faut confronter le résultat que donnerait dans le cas particulier l'application du nouveau droit à toutes les questions qui se posent, avec le résultat que donnerait dans le cas particulier l'application de l'ancien droit dans des conditions identiques. Si le premier de ces deux résultats est plus favorable au condamné, le nouveau droit est seul applicable ; en cas contraire, l'ancien droit reste seul applicable (ATF 114 IV 1 consid. 2a p. 4).

2.1.4.2. Une modification de jurisprudence ne contrevient pas à la sécurité du droit, au droit à la protection de la bonne foi et à l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'elle s'appuie sur des raisons objectives, telles qu'une connaissance plus exacte ou complète de l'intention du législateur, la modification des circonstances extérieures, un changement de conception juridique ou l'évolution des mœurs. En principe, une nouvelle jurisprudence doit s'appliquer immédiatement et aux affaires pendantes au moment où elle est adoptée. Le droit à la protection de la bonne foi, qui découle de l'art. 9 Constitution (RS 101), doit néanmoins être pris en considération. Le Tribunal fédéral a précisé, à ce propos, que la modification d'une jurisprudence relative aux conditions de recevabilité d'un recours, notamment à la computation des délais de recours, ne doit pas intervenir sans avertissement, si elle provoque la péremption d'un droit (ATF 135 II 78 consid. 3.2 et références citées).

2.1.5.1. Le 1er janvier 2018, sont entrées en vigueur des nouvelles dispositions sur le droit des sanctions. Selon l'art. 34 al. 1 aCP, sauf disposition contraire, la peine pécuniaire est de trois jours-amende au moins et ne peut excéder 360 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur. Selon l'art. 34 al. 1 CP, sauf disposition contraire, la peine pécuniaire est de trois jours-amende au moins et ne peut excéder 180 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur.

2.1.5.2. En matière de délit continu, la question du droit applicable se pose lorsque la loi change pendant

l'exécution d'un tel délit. Si la nouvelle loi comporte uniquement une modification des sanctions, il n'est pas envisageable d'appliquer deux régimes de peine à un seul et même acte. Le délit continu constituant une unité, il n'est pas possible d'appliquer pour partie l'ancien et pour partie le nouveau droit. Le principe de la *lex mitior* ne permet en effet pas de combiner ancien et nouveau. Pour régler cette question, la doctrine largement majoritaire propose l'application du nouveau droit à l'ensemble du délit continu, soit également à la partie antérieure à l'entrée en vigueur de la nouvelle norme. Dès lors qu'une norme abrogée ne peut être appliquée à un comportement postérieur à son abrogation et qu'il n'est pas possible d'appliquer pour partie l'ancien et pour partie le nouveau droit, la solution doctrinale se justifie. En cas d'aggravation de la sanction prévue par la loi, il convient toutefois, lors de la fixation de la peine, de tenir compte, dans un sens atténuant, du fait qu'une partie de l'infraction s'est déroulée pendant une période où la sanction était moins grave (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 1.3 et les références citées ; AARP/314/2018 du 1er octobre 2018 consid. 2.2.2 ; AARP/378/2018 du 26 novembre 2018 consid. 5.3 ; JTDP/1392/2018 du 30 octobre 2018 consid. 3.1.1 ; M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI, Code pénal, Petit Commentaire, Bâle 2017, n. 19 ad art. 2 et les références citées).

## **E. 2.2**

En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que l'appelant a fait l'objet de mesures de renvoi menées jusqu'à leur terme. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral du 15 mai 2017 portant sur l'interprétation de la Directive sur le retour est applicable à compter de cette date aux affaires pendantes devant les juridictions compétentes, même si partie des faits incriminés se sont déroulés antérieurement. En effet, ce revirement de jurisprudence ne peut être assimilé à une modification de la loi pénale à laquelle le principe de non-rétroactivité s'appliquerait (art. 2 al. 1 CP). Par conséquent, la jurisprudence susmentionnée doit être prise en compte dans la présente procédure. Malgré le statut administratif de l'intimé, qui doit quitter la Suisse, et des peines privatives de liberté déjà prononcées contre lui, manifestement non dissuasives, seul le prononcé d'une peine pécuniaire reste envisageable compte tenu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et nonobstant la peine menacée de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr (voir supra 2.1.3). Les faits reprochés au prévenu ont été commis antérieurement mais également postérieurement au 1er janvier 2018, date d'entrée en vigueur du nouveau droit des sanctions, étant rappelé que le séjour illégal est un délit continu. Au vu de la période pénale retenue par l'accusation, et conformément à la jurisprudence précitée, il convient, pour la peine pécuniaire à fixer, de faire exclusivement application du nouveau droit des sanctions, dans sa teneur à partir du 1er janvier 2018, sans que l'exception de la *lex mitior* ne doive être examinée. C'est donc à tort que le premier juge a considéré que l'ancien droit des sanctions était applicable au moment des faits. Cela étant, dans la mesure où in casu le genre de la peine est strictement limité à une peine pécuniaire, sous l'angle de la *lex mitior* si elle était applicable, il conviendrait également de faire application du nouveau droit des sanctions qui paraît concrètement plus favorable au prévenu, dès lors que la limite supérieure de 360 jours-amende (art. 34 al. 1 aCP) a été réduite à 180 jours-amende (art. 34 al. 1 CP). 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 ( objektive 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 142 IV 137 consid. 9.1 p. 147 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; ATF 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 p. 61 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_798/2017 du 14 mars 2018 consid. 2.1 ; 6B\_718/2017 du 17 janvier 2018 coconsid. 3.1 ; 6B\_1428/2016 du 3 octobre 2017 consid. 4.1 ; 6B\_326/2016 du 22 mars 2017 consid. 4.1). 3.1.2. Bien que la récidive ne constitue plus un motif d'aggravation obligatoire de la peine (art. 67 a CP), les antécédents continuent de jouer un rôle très important dans la fixation de celle-ci (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER (éds), Basler Kommentar Strafrecht I : Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3 ème éd., Bâle 2013, n. 130 ad art. 47 CP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1202/2014 du 14 avril 2016 consid. 3.5.). En général, la culpabilité de l'auteur est amplifiée du fait qu'il n'a pas tenu compte de l'avertissement constitué par la précédente condamnation, et sa rechute témoigne d'une énergie criminelle accrue (R. ROTH / L. MOREILLON (éds), Code pénal I : art. 1-100 CP, Bâle 2009, n. 55 ad art. 47 CP). Une série d'infractions semblables pèse plus lourd que des actes de nature différente. Le juge pourra atténuer la peine en raison de l'aveu ou de la bonne coopération de l'auteur de l'infraction avec les autorités policières ou judiciaires notamment si cette coopération a permis d'élucider des faits qui, à ce défaut, seraient restés obscurs (ATF 121 IV 202 consid. 2d/aa p. 204 ; 118 IV 342 consid. 2d p. 349 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_780/2018 du 9 octobre 2018 consid. 2.1). Une bonne collaboration durant l'enquête peut être la preuve de regrets sincères et autoriser une réduction de peine d'un cinquième à un tiers au maximum en faveur de celui qui peut s'en prévaloir (ATF 121 IV 202 consid. 2 d/cc p. 205 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_207/2007 du 6 septembre 2007 consid. 4.2.4). Des aveux qui ne sont pas l'expression d'un repentir, qui n'ont facilité en rien le déroulement de la procédure et qui sont intervenus sous la pression des preuves accumulées ne peuvent conduire à une réduction de la peine (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_198/2013 du 3 juin 2013 consid. 1.3.3 et 6B\_13/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.4). 3.2. En l'espèce, l'appelant a déjà été condamné à cinq reprises pour séjour illégal depuis 2010 sans compter ses condamnations pour entrées illégales intervenues en 2009 déjà et, pour la dernière fois, en janvier 2017. Il a certes indiqué demander pardon mais l'on peut douter de la sincérité de son propos au vu de ses multiples antécédents qui ne l'ont pas conduit à modifier son comportement en conséquence. S'agissant de sa situation personnelle, s'il explique ne pas avoir de contact avec sa famille en Algérie, il ne dit pas non plus que ceux-ci ne seraient pas possibles, pas plus qu'il n'explique pour quelles raisons il ne pourrait retourner en Algérie, si ce n'est qu'il déclare s'y opposer, ce que corrobore l'indication de l'OCPM selon laquelle il ne collabore pas en vue d'un retour dans son pays d'origine. Si sa situation est ainsi difficile, vu son statut illégal, il apparaît en porter la responsabilité. Au vu des faits reprochés, sa collaboration à la procédure ne peut être considérée comme étant

bonne au point d'être prise en compte dans la fixation de la peine, dès lors qu'il n'avait aucune marge de manœuvre étant connu des services de police. La période pénale, de près de deux ans, est particulièrement importante et témoigne tant de l'absence de sa prise de conscience que de sa persistance à contrevenir à la loi dans ce domaine. Aucun élément du dossier ne porte à considérer que, sans son interpellation, l'appelant aurait mis fin à son séjour illégal, son absence en audience de jugement n'étant pas déterminante à cet égard, étant relevé que s'il a indiqué devant le MP vouloir partir en Autriche étant au bénéfice de l'asile, son conseil a indiqué par la suite qu'il ne bénéficiait d'aucune autorisation de séjour dans ce pays. Tous les critères de fixation de la peine conduisent ainsi à prononcer une peine d'une sévérité certaine en rapport au maximum de la peine à prononcer. Dans cette mesure, la peine pécuniaire prononcée de 180 jours-amende, même s'il elle ressort à la peine maximale pouvant être prononcée, n'est pas excessive et sanctionne correctement le comportement de l'appelant. La quotité de CHF 10.- par unité de jour-amende n'est pas critiquable ni critiquée et correspond au minimum légal. L'appel sera ainsi rejeté et le jugement confirmé quant à la peine prononcée.

#### **E. 4**

L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État, comprenant un émolument de CHF 1'500.- (art. 428 CPP et 14 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010 [RTFMP ; E 4 10.03]).

#### **E. 5**

5.1.1. 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, l'art. 16 du règlement sur l'assistance juridique du 28 juillet 2010 (RAJ ; E 2 05.04) s'applique. Cette dernière disposition prescrit que l'indemnité, en matière pénale, est calculée selon le tarif horaire suivant, débours de l'étude inclus : chef d'étude CHF 200.- (let. c). En cas d'assujettissement – l'assujettissement du patron de l'avocat au statut de collaborateur n'entrant pas en considération (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_486/2013 du 16 juillet 2013 consid. 4 et 6B\_638/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.7) – l'équivalent de la TVA est versé en sus. 5.1.2. À teneur de la jurisprudence, est décisif pour fixer la rémunération de l'avocat, le nombre d'heures nécessaires pour assurer la défense d'office du prévenu (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_509/2007 du 19 novembre 2007 consid. 4). Pour fixer cette indemnité, l'autorité doit tenir compte de la nature et de l'importance de la cause, des difficultés particulières que celle-ci peut présenter en fait et en droit, du temps que l'avocat lui a consacré, de la qualité de son travail, du nombre des conférences, audiences et instances auxquelles il a pris part, du résultat obtenu ainsi que de la responsabilité assumée (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_810/2010 du 25 mai 2011 consid. 2 et les références citées). Toutefois, si, comme à Genève, la réglementation prévoit un tarif réduit, celui-ci s'applique sans égard à l'issue du procès (ATF 139 IV 261 consid. 2 p. 261 ss). L'autorité judiciaire doit prendre en compte la liste de frais présentée et motiver au moins brièvement les postes sur lesquels elle n'entend pas confirmer les montants ou les durées y figurant (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_675/2015 du 2 mars 2016 consid. 2.1 ; 6B\_594/2015 du 29 février 2016 consid. 3.1 et 6B\_124/2012 du 22 juin 2012 consid. 2.3 et les références citées). Les autorités cantonales jouissent d'une importante marge d'appréciation lorsqu'elles fixent, dans la procédure, la rémunération du défenseur d'office (ATF 141 I 124 consid. 3.2 p. 126 ; ATF 125 V 408 consid. 3a p. 409 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_1410/2017 du 15 juin 2018 consid. 4.1 ; décision du Tribunal

pénal fédéral BB.2015.85 du 12 avril 2016 consid. 3.2.3). 5.1.3. Reprenant l'activité de taxation suite à l'entrée en vigueur du CPP, la CPAR a maintenu dans son principe – nonobstant l'ordonnance de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2015.35 du 3 août 2015 consid. 5.3 – l'ancienne pratique selon laquelle l'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure était forfaitairement majorée de 20% jusqu'à 30 heures de travail décomptées depuis l'ouverture de la procédure, 10% lorsque l'état de frais porte sur plus de 30 heures, pour couvrir les démarches diverses, telles la rédaction de courriers ou notes, les entretiens téléphoniques et la lecture de communications, pièces et décisions. Cette pratique s'explique par un souci de simplification et de rationalisation, l'expérience enseignant qu'un taux de 20% jusqu'à 30 heures de travail dans un même dossier, 10% au-delà, permet de couvrir les prestations n'entrant pas dans les postes de la procédure et répondant à l'exigence de nécessité et d'adéquation, ce que le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis sur le principe (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_838/2015 du 25 juillet 2016 consid. 3.5.2 ; voir aussi les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2016.34 du 21 octobre 2016 consid. 4.1 et 4.2 et BB.2015.85 du 12 avril 2016 consid. 3.5.2 et 3.5.3). Des exceptions demeurent possibles, charge à l'avocat de justifier l'ampleur d'opérations dont la couverture ne serait pas assurée par le forfait.

#### **E. 5.2**

En l'occurrence l'état de frais remis est conforme aux principes applicables. L'indemnité due à M e B\_\_\_\_\_ sera arrêtée à CHF 387.70 correspondant à 1h30 d'activité au tarif de CHF 200.-/heure plus la majoration forfaitaire de 20 % et l'équivalent de la TVA au taux de 7,7% en CHF 27.70.

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