

# **GE\_GERICHTE P/2825/2023 vom 5. Dezember 2023**

GE Cour de justice, 2023-12-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_2825\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_2825_2023)

FR: GE\_GERICHTE P/2825/2023 du 5 décembre 2023

IT: GE\_GERICHTE P/2825/2023 del 5 dicembre 2023

## **Regeste**

LStup.19a; CP.291

## **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 [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. Se rend coupable de rupture de ban au sens de l'art. 291 CP celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente. La peine menace est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. 2.1.2. 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 ; 141 IV 61 consid. 6.1.1). 2.1.3. Bien que la récidive ne constitue plus un motif d'aggravation obligatoire de la peine (art. 67 aCP), les antécédents continuent de jouer un rôle très important dans la fixation de celle-ci (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1202/2014 du 14 avril 2016 consid. 3.5 ; M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER [éds], Basler Kommentar Strafrecht I : Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 4 ème éd., Bâle 2019, n. 130 ad art. 47 CP ; R. ROTH / L. MOREILLON (éds), Code pénal I : art. 1-100 CP, Bâle 2020, n. 54 ad art. 47 CP). 2.1.4. En matière d'infraction à la législation sur les étrangers, le préjudice pour la collectivité ne doit pas être sous-estimé, y compris au plan matériel, puisque cela mobilise constamment les nombreux acteurs appelés à les réprimer ( AARP/329/2023 du 4

septembre 2023 consid 3.2.1 ; AARP/64/2023 du 20 janvier 2023 consid. 4.3). 2.1.5. L'Assemblée fédérale a approuvé, par arrêté fédéral du 18 juin 2010, la reprise de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Directive sur le retour) en tant que développement de l'acquis de Schengen (RO 2010 5925). Les juridictions suisses doivent ainsi faire leur possible pour mettre en œuvre la jurisprudence européenne relative à cette directive (arrêts 6B\_1189/2015 du 13 octobre 2016 consid. 2.1 ; 6B\_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.1 ; 6B\_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.4). Sur cette base, le TF a eu l'occasion de préciser qu'en cas de condamnation pour la seule rupture de ban, comme en cas de seul séjour illégal, conformément à la jurisprudence européenne constante relative à l'application de la Directive sur le retour, une peine privative de liberté ne peut être infligée que si toutes les mesures raisonnables ont été entreprises en vue de l'éloignement, respectivement si celui-ci a échoué en raison du comportement de l'intéressé (ATF 147 IV 232 consid. 1.6). L'art. 2 par. 2 let. b de la Directive sur le retour dispose cependant que les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition. 2.1.6. L'art. 124a LEI, introduit par l'annexe 1 ch.1 de l'Arrêté fédéral du 18 décembre 2020 portant approbation et mise en œuvre 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), est entré en vigueur le 22 novembre 2022 (RO 2021 365 ; 2022 636 ; FF 2020 3361). Il dispose désormais que la directive 2008/115/CE469 ne s'applique pas à la décision et à l'exécution de l'expulsion au sens des art. 66a ou 66bis CP ou 49a ou 49abis du Code pénal militaire (CPM ; FF 2020 3361 p. 3414 à 3416 ; FF 2020 9723 p. 9729 ; Modification de la directive LEI, Directives Domaine des étrangers, Confédération suisse, état au 1<sup>er</sup> octobre 2023, ch. 8.2 et 8.4.2.1.2, [http : //www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/chronologie/2022-10-01-weisungsänderung-aig.pdf.download.pdf/2022-10-01-weisungsänderung-aig-f.pdf](http://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/chronologie/2022-10-01-weisungsänderung-aig.pdf.download.pdf/2022-10-01-weisungsänderung-aig-f.pdf)). Le TF a certes, dans l'arrêt 1B\_211/2023 cité par la défense, relevé que " l'art. 124a LEI, dont se prévaut le Ministre public dans ses observations, n'est pas pertinent en l'espèce, la cause n'ayant pas pour objet une décision d'expulsion, respectivement son exécution ". Cependant, l'arrêt en cause, rendu par la 1<sup>ère</sup> Cour de droit public, statuait en matière de détention avant jugement. Sur le fond, le TF a, dans un arrêt 6B\_1092/2021 du 23 mai 2022 rendu par la Cour de droit pénal, indiqué qu'en l'état du droit alors applicable, le prononcé d'une décision d'expulsion au sens de l'art. 66a CP ne faisait pas obstacle à l'application de la directive sur le retour, ajoutant cependant la précision suivante : "(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 œuvre 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) ". 2.2.1. En l'espèce, la question pourra rester ouverte de savoir si les mesures raisonnables ont été entreprises en vue de l'éloignement de l'intimé, respectivement si celui-ci a échoué en raison du comportement de l'intéressé. En effet, la période pénale visée dans l'acte d'accusation est postérieure à l'entrée en vigueur de l'art. 124a LEI. De lege lata, la Directive n'est ainsi désormais plus applicable et le prononcé d'une peine privative de

liberté possible (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1092/2021 du 23 mai 2022). Comme relevé à juste titre par le MP, l'absence de réserve selon l'art. 2 par. 2 let. b de la Directive au moment de la reprise de l'acquis Schengen n'est pas relevant dès lors que l'expulsion pénale n'était pas encore prévue dans le CP. Compte tenu des modifications législatives intervenues depuis lors, adoptées et communiquées en bonne et due forme (cf. FF 2020 9729), la jurisprudence européenne précédemment rendue n'a plus de portée en droit interne. Quant à l'ancrage constitutionnel de l'art. 124a LEI, il réside comme le préambule de la LEI l'indique dans l'art. 121 al. 1 Cst. L'initiative populaire "pour le renvoi des criminels étrangers" n'a ainsi pas eu d'influence, au-delà du fond, sur la compétence de la Confédération en matière de législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers. L'art. 121 al. 6 Cst. n'est dès lors d'aucun secours à l'appelant. Enfin, l'intimé ne saurait arguer d'une application à géométrie variable de l'art. 124a LEI pour se soustraire aux conséquences d'une nouvelle norme juridique dont le contenu ne souffre aucune ambiguïté. 2.2.2. Concrètement, et nonobstant la brièveté de la période pénale, du 12 janvier au 4 février 2023 seulement, la faute de l'intimé n'est pas négligeable. Son comportement dénote un mépris total des décisions prononcées à son encontre et de la législation en vigueur. Il est resté en Suisse malgré le prononcé de deux décisions d'expulsion. Il a récidivé dès le lendemain de sa dernière condamnation. Il a agi par pure convenance personnelle, soit pour des mobiles égoïstes. Sa situation personnelle, bien que précaire, n'explique pas ses agissements. La collaboration de l'intimé a été bonne dans la mesure où il a admis les infractions qui lui sont reprochées ; sa prise de conscience est en revanche inexistante, dès lors qu'il persiste à rester en Suisse. Ses antécédents sont très mauvais, dans la mesure où il avait été condamné à dix reprises au moment des faits, dont quatre pour séjour illégal et deux pour rupture de ban et qu'il a été condamné à nouveau à deux reprises depuis les faits. Il apparaît ainsi durablement et profondément ancré dans la délinquance. Vu les peines pécuniaires et les travaux d'intérêt général déjà prononcés sans aucun effet dissuasif, vu également sa situation financière, seule une peine privative de liberté est envisageable. Malgré ce qui précède, une peine privative de liberté de 12 mois paraît excessive, une durée de six mois semblant plus adéquate. Le caractère ferme de la peine n'est pas contesté et au demeurant justifié. L'appel du MP est ainsi partiellement admis et le jugement entrepris réformé sur ce point.

#### **E. 4**

L'intimé, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État (art. 428 CPP). Il n'y a dès lors pas lieu de revoir les faits de première instance, y compris l'émolument complémentaire mis à sa charge de fait de son annonce d'appel (art. 428 al. 3 CPP a contrario).

#### **E. 5**

Considéré globalement, l'état de frais produit par M e B\_\_\_\_\_, défenseur d'office de A\_\_\_\_\_, satisfait les exigences légales et jurisprudentielles régissant l'assistance judiciaire gratuite en matière pénale. La rémunération de M e B\_\_\_\_\_ sera partant arrêtée à CHF 1'172.85 correspondant à 9h15 au tarif de CHF 110.-/heure plus la majoration forfaitaire de 10% et l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% en CHF 83.85. \* \* \* \* \*