

## **GE\_GERICHTE P/898/2017 vom 28. Juni 2018**

GE Cour de justice, 2018-06-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_898\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_898_2017)

FR: GE\_GERICHTE P/898/2017 du 28 juin 2018

IT: GE\_GERICHTE P/898/2017 del 28 giugno 2018

### **Regeste**

LStup.19

### **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 (art. 399 al. 4 CPP), notamment la quotité de la peine (let. b). 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. 2.1**

L'appelant ne conteste plus, à juste titre, sa culpabilité, dûment établie par les éléments du dossier, pour les chefs d'infractions à l'art. 19 LStup, passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, sanctionnée d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, et à l'art. 119 al. 1 LEtr, punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

#### **E. 2.2**

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. 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 ; 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1226/2013 précité). En effet, lorsque les autorités de poursuite pénale, se référant à l'effet de césure opéré par la condamnation en raison de la première infraction, introduisent une nouvelle procédure pénale, elles créent elles-mêmes les conditions d'une condamnation en raison d'un prétendu nouveau délit. Dans une telle situation, ce n'est pas la faute individuelle de l'auteur qui donne lieu à une sanction et qui est le fondement de la fixation de la peine, mais plutôt la rapidité aléatoire de la procédure pénale qui conduit à la construction d'effets de césure. La somme des peines prononcées à raison du délit continu

doit ainsi être adaptée à la faute considérée dans son ensemble et ne pas excéder la peine maximale prévue par la loi. Le prévenu sera exempté de toute peine si les condamnations prononcées antérieurement atteignent ou dépassent la peine maximale prévue par la loi (ATF 135 IV 6 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1226/2013 précité).

2.3.1. Les nouvelles dispositions sur le droit des sanctions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018. La peine pécuniaire est désormais limitée à 180 jours-amende (art. 34 al. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]). La nouvelle est ainsi plus favorable, eu égard à la jurisprudence rappelée ci-dessus (consid. 2.2). Elle sera donc prise en considération in casu dans l'examen du délit continu de séjour illégal, en application de la *lex mitior* (art. 2 al. 2 CP).

2.3.2. Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est fixée en jours-amende dont le nombre est déterminé en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). A cette fin, il y a lieu d'appliquer la règle générale de l'art. 47 CP, détaillée infra. En revanche, il ne doit être tenu compte des circonstances personnelles et d'une éventuelle sensibilité accrue à la sanction qu'autant que ces éléments ne se rapportent pas à la situation financière actuelle de l'auteur. Une double prise en considération de la capacité financière, respectivement de la sensibilité à la peine, lors de la fixation du nombre des jours-amende et dans le calcul de leur montant est exclue (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar Strafrecht I* : Art. 1-110 StGB, *Jugendstrafgesetz*, 3e éd., Bâle 2013, n. 40 ad art. 34 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 6.3).

2.3.3. 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 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 ; ATF 136 IV 55 consid. 5 ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_1428/2016 du 3 octobre 2017 consid. 4.1 ; 6B\_326/2016 du 22 mars 2017 consid. 4.1).

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), *op. cit.*, 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. Les antécédents judiciaires ne sauraient toutefois conduire à une augmentation massive de la peine, parce que cela reviendrait à condamner une deuxième fois pour des actes déjà jugés (ATF 120 IV 136 consid. 3b).

#### **E. 2.4**

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. 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) (ATF 138 IV 120 consid. 5.2).

#### **E. 2.5**

En l'espèce, la faute de l'appelant n'est pas anodine. Il séjourne illégalement en Suisse depuis plus de trois ans, sans interruption. Les précédentes condamnations pour séjour illégal tout comme la décision de renvoi et l'interdiction d'entrée prononcées à son encontre ne l'ont pas incité à quitter la Suisse. Il n'a entrepris aucune démarche afin de rentrer dans son pays d'origine et n'a donné aucun signe de ce qu'il entendait modifier son comportement à l'avenir. Les antécédents de l'appelant comprennent également des condamnations pour infractions à la LStup. Partant, les décisions et condamnations précédentes n'ont eu aucun effet dissuasif. Ses multiples récidives montrent qu'il fait fi des décisions des autorités. La collaboration de l'appelant est moyenne dans la mesure où il a nié la vente de marijuana devant le premier juge, faits pourtant reconnus devant la police et le Ministère public. Même si la précarité de la situation personnelle de l'appelant explique, en partie, ses agissements, elle ne saurait les justifier, étant relevé que son absence totale de liens avec la Suisse rend encore moins compréhensible sa volonté de demeurer en toute illégalité dans ce pays. A juste titre, l'appelant ne remet pas en cause le type de peine prononcée par le Tribunal de police ou le refus du sursis. Il y a concours d'infractions entre les art. 19 al. 1 LStup, 115 al. 1 let. b et 119 al. 1 LEtr, ce qui commande une augmentation de la peine dans une juste proportion. L'examen du casier judiciaire de l'appelant conduit cependant à constater que celui-ci a globalement déjà été condamné à plus de 180 jours-amende pour séjour illégal en 2015 et 2016. Par conséquent, le plafond fixé par la jurisprudence est désormais atteint. L'appelant sera donc exempté de toute peine du chef de séjour illégal. Au vu de ce qui précède, en particulier de l'exemption de peine prononcée en lien avec l'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, une peine pécuniaire de 60 jours-amende consacrerait une application correcte des critères de l'art. 47 CP, pour les infractions aux articles 119 LEtr et 19 LStup, c'est sous réserve de la question de la peine d'ensemble (consid. 4).

#### **E. 3**

3.1. Selon l'art. 46 CP, si, durant le délai d'épreuve, le condamné commet un crime ou un délit et qu'il y a dès lors lieu de prévoir qu'il commettra de nouvelles infractions, le juge révoque le sursis (alinéa 1, première phrase). S'il n'y a pas lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions, le juge renonce à ordonner la révocation (alinéa 2, première phrase). La commission d'un crime ou d'un délit durant le délai d'épreuve n'entraîne pas nécessairement une révocation du sursis. Celle-ci ne se justifie qu'en cas de

pronostic défavorable, à savoir lorsque la nouvelle infraction laisse entrevoir une réduction sensible des perspectives de succès de la mise à l'épreuve. Par analogie avec l'art. 42 al. 1 et 2 CP, le juge se fonde sur une appréciation globale des circonstances du cas d'espèce pour estimer le risque de récidive. En particulier, il doit prendre en considération l'effet dissuasif que la nouvelle peine peut exercer, si elle est exécutée (ATF 134 IV 140 consid. 4.4 et 4.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_879/2016 du 22 juin 2017 consid. 3.1). Dans l'appréciation des perspectives d'amendement à laquelle il doit procéder pour décider de la révocation d'un sursis antérieur, le juge doit tenir compte des effets prévisibles de l'octroi ou non du sursis à la nouvelle peine. Il peut parvenir à la conclusion que l'exécution, le cas échéant, de la nouvelle peine aura un effet dissuasif suffisant, justifiant de renoncer à la révocation du sursis antérieur. L'inverse est également admissible : si le sursis précédent est révoqué, l'exécution de la peine qui en était assortie peut conduire à nier l'existence d'un pronostic défavorable pour la nouvelle peine et, partant, à assortir cette dernière du sursis. L'existence d'un pronostic défavorable quant au comportement futur du condamné, bien qu'elle soit une condition aussi bien du sursis à la nouvelle peine que de la révocation d'un sursis antérieur, ne peut faire l'objet d'un unique examen, dont le résultat suffirait à sceller tant le sort de la décision sur le sursis à la nouvelle peine que celui de la décision sur la révocation du sursis antérieur. Le fait que le condamné devra exécuter une peine – celle qui lui est nouvellement infligée ou celle qui l'avait été antérieurement avec sursis – peut apparaître suffisant à le détourner de la récidive et, partant, doit être pris en considération pour décider de la nécessité ou non d'exécuter l'autre peine. Il constitue donc une circonstance nouvelle, appelant un réexamen du pronostic au stade de la décision d'ordonner ou non l'exécution de l'autre peine. Il va de soi que le juge doit motiver sa décision sur ce point, de manière à ce que l'intéressé puisse au besoin la contester utilement et l'autorité de recours exercer son contrôle (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_105/2016 du 11 octobre 2016 consid. 1.1 et la référence citée).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'appelant n'a encore jamais eu à exécuter les peines auxquelles il a été condamné, ayant toujours été mis au bénéfice d'un sursis. Dès lors, même si le pronostic quant au risque de récidive n'est pas favorable, les antécédents étant tous spécifiques, et qu'on ne voit pas de perspectives d'amendement, la révocation de l'ensemble des sursis précédemment octroyés paraît être d'une excessive sévérité. Il convient plutôt de procéder par étapes, en révoquant uniquement le dernier sursis en date, avec l'espoir que cette mesure, combinée avec l'exécution de la présente peine, auront un effet sur la prise de conscience. La décision entreprise sera réformée sur ce point.

### **E. 4**

Dans sa teneur entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018, plus favorable à l'appelant, l'art. 46 al. 1 CP prévoit que si la peine révoquée et la nouvelle peine sont du même genre, le juge fixe une peine d'ensemble en appliquant par analogie l'art. 49 al. 1 CP ( cf. consid. 2.4). Au regard des circonstances du cas d'espèce, la CPAR fixera une peine pécuniaire d'ensemble de 150 jours-amende. Le jugement attaqué sera réformé dans le sens de ces considérants.

### **E. 5**

Le verdict de culpabilité n'étant pas remis en question dans la procédure d'appel, celle-ci portant exclusivement sur la quotité de la peine, la condamnation de l'appelant aux frais de première instance, non contestée, n'a pas à être revue (art. 428 al. 3 CPP).

**E. 6**

Vu l'issue de la procédure d'appel, fortement favorable pour l'appelant, les frais y relatifs seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 CPP).

**E. 7**

L'état de frais produit par le défenseur d'office de l'appelant est adéquat et respecte les principes applicables en matière d'assistance juridique. Partant, son indemnité sera arrêtée à CHF 907.20, correspondant à trois heures et trente minutes d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 700.-), plus la majoration forfaitaire usuelle de 20% (CHF 140.-) et la TVA, au taux de 8% (CHF 67.20), selon la pratique transitoire du Pouvoir judiciaire.

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