

Proposition présentée par les députés :

MM. Sébastien Desfayes, Bertrand Buchs, Jean-Marc Guinchard, Jean-Luc Forni, Jacques Blondin, Souheil Sayegh

Date de dépôt : 18 octobre 2021

Proposition de motion

Pas de conversion des peines pécuniaires en peines privatives de liberté en cas de séjour illégal ou de rupture de ban

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève considérant :

- les art. 115 al. 1 let. b LEI et 291 CP ;
- l'arrêt du Tribunal fédéral 6b_1398/2020 du 10 mars 2021 constatant que les principes développés par la jurisprudence en matière de sanctions lors d'infractions de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI) s'appliquent *mutatis mutandis* à l'infraction de rupture de ban (art. 291 CP) ;
- qu'en conséquence, une peine d'emprisonnement pour séjour illégal ou rupture de ban ne peut ainsi 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 ;
- qu'en application de cette jurisprudence, la Cour de justice a récemment prononcé la mise en liberté d'une personne prévenue de rupture de ban (OARP/29/2021 du 30 mars 2021) ;
- cependant, que le SAPEM procède encore à de nombreuses conversions de peines pécuniaires en peines privatives de liberté, ce qui est contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée et constitue une pratique peu humaine puisqu'il est logiquement impossible pour une personne en situation irrégulière de payer des jours-amende,

invite le Conseil d'Etat

à faire interdiction au SAPEM d'opérer des conversions de peines pécuniaires en peines privatives de liberté en relation avec des condamnés au titre de la seule violation de l'art. 115 LEI ou 291 CP.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

Du point de vue des infractions à la loi sur les étrangers et l'intégration (« LEI »), 8634 infractions ont été comptabilisées à Genève en 2020¹.

Bien que les statistiques sur les infractions reprochées aux personnes détenues à Champ-Dollon ne sont pas connues, respectivement publiées, il est notoire qu'un nombre très important de détenus de la prison de Champ-Dollon sont incarcérés en raison d'infractions à la LEI. De nombreux étrangers se retrouvent emprisonnés en raison de conversions de peines pécuniaires en peines privatives de liberté, car ceux-ci, sans statut légal en Suisse, n'ont pas les moyens de payer les peines pécuniaires qui leur sont infligées. Ces personnes se retrouvent donc emprisonnées en raison de leur statut légal et de leur indigence.

A teneur de l'art. 291 al. 1 CP, celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Les art. 66a et 66a^{bis} CP régissent l'expulsion pénale (respectivement obligatoire ou facultative) du ressortissant étranger condamné pour un crime ou un délit.

La rupture de ban suppose la réunion de trois conditions : une décision d'expulsion, la transgression de celle-ci et l'intention. L'infraction est consommée si l'auteur reste en Suisse après l'entrée en force de la décision, alors qu'il a le devoir de partir, ou s'il y entre pendant la durée de validité de l'expulsion². Le délit ne peut être commis que par un ressortissant étranger (respectivement un apatride).

L'art. 115 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20), qui réprime de manière générale le fait d'entrer ou de résider en Suisse illégalement, revêt un caractère subsidiaire par rapport à la rupture de ban, qui sanctionne la transgression d'une décision d'expulsion,

¹ Statistique T 19.03.2.31 relative à la loi sur les étrangers et l'intégration.

² Arrêts 6B_1191/2019 du 4 décembre 2019, consid. 5.1 ; 6B_559/2008 du 12 septembre 2008, consid. 2.2 ; ATF 70 IV 174, qui conserve sa pertinence pour les étrangers expulsés.

judiciaire ou administrative, par le fait d'entrer ou de rester en Suisse au mépris d'une telle décision³.

L'art. 291 CP n'est ainsi applicable qu'à celui qui contrevient à une expulsion, ce qui n'est notamment pas le cas si l'auteur a fait l'objet d'un refoulement, d'un renvoi, d'une interdiction d'entrée ou du non-renouvellement d'une autorisation de séjour. A défaut de contrevenir à une expulsion, c'est l'art. 115 LEI qui s'applique⁴.

Il est admis en doctrine que le comportement réprimé par l'art. 115 al. 1 (let. a et b) LEI consistant à entrer ou rester en Suisse en violation d'une règle administrative est identique à celui réprimé par l'art. 291 CP⁵.

Ainsi, celui qui commet une rupture de ban, en demeurant en Suisse malgré une décision d'expulsion, réalise également les éléments constitutifs du séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI, disposition qui a un caractère subsidiaire par rapport à l'art. 291 CP.

Par ailleurs, il sied de rappeler que, bien que l'art. 115 LEI prévoit une punition d'au maximum un an de peine privative de liberté, respectivement au maximum 180 jours de peine pécuniaire, les personnes en situation de séjour irrégulier demeurent souvent sur le territoire suisse, et se font condamner à plusieurs reprises par le biais d'ordonnances pénales du Ministère public⁶. Ces étrangers sont donc emprisonnés plus longtemps que ce qui est prévu par le droit suisse et ce, en complète violation des peines maximales prévues par la LEI.

Depuis 2011, la Cour de justice de l'Union européenne considère que la Directive retour, faisant partie intégrante de l'acquis de Schengen, s'oppose à une réglementation d'un Etat membre qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure sur ledit territoire sans motif justifié⁷. Une telle peine, en raison notamment de ses conditions et modalités d'application,

³ ATF 104 IV 186, consid. 5b, p. 191 ; 100 IV 244, consid. 1, p. 245 s. ; arrêt 6B_11/2009 du 31 mars 2009, consid. 4.1 concernant l'ancien droit des étrangers [art. 23 al. 1 par. 4 LSEE ; RO 49 279].

⁴ ATF 100 IV 244, consid. 1, p. 246 ; arrêt 6B_11/2009 du 31 mars 2009, consid. 4.1 ; cf. CORBOZ, *op. cit.*, n^{os} 20 et 32 ad art. 291 CP.

⁵ AUDE BICHOVSKY, in Commentaire romand, Code pénal II, 2017, n^o 12 ad art. 291 CP ; CORBOZ, *op. cit.*, n^o 20 ad art. 291 CP ; cf. GAËLLE SAUTHIER, in Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers [LEtr], 2017, p. 1308 en lien avec l'art. 115 LEI.

⁶ ATF 145 IV 449.

⁷ Arrêt CJUE « El Dridi » du 10 février 2021.

risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par la Directive retour, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement⁸.

A la connaissance des soussignés, le Ministère public genevois requiert systématiquement que l'expulsion facultative soit prononcée à l'égard des étrangers délinquants sans titre de séjour, alors qu'il s'agit souvent de petite délinquance de rue (vol à l'étalage, infractions à la loi sur les stupéfiants, vol, etc.).

Depuis 2019, nous constatons donc une explosion des condamnations pour rupture de ban.

En 2020, 148 condamnations ont été prononcées, dont 61 pour ce seul motif⁹.

Dans sa directive B.11, le Ministère public requiert une peine d'au minimum six mois de prison ferme dans le cas d'une première et seule infraction de rupture de ban. En cas de récidive, cela passe à 12 mois de prison ferme.

Par arrêt 6B_1398/2020 du 10 mars 2021, le Tribunal fédéral a jugé qu'il fallait considérer qu'en situation de séjour illégal ou de rupture de ban, l'acquis de Schengen s'oppose toujours à ce qu'une peine d'enfermement soit prononcée avant que l'on soit arrivé au terme de la procédure de renvoi.

A la suite de cette décision, l'Ordre des avocats de Genève et l'Association des juristes progressistes de Genève ont fait parvenir un courrier le 14 avril 2021 au procureur général afin que le Ministère public applique la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral et modifie en conséquence sa directive B.11.

Les deux associations sollicitaient également que le Ministère public ordonne la mise en liberté immédiate de toute personne détenue de manière provisoire pour prévention de rupture de ban.

Par courrier du 19 mai 2021, le procureur général leur a répondu en somme qu'un article 124a LEI allait prochainement entrer en vigueur et que celui-ci exclurait directement l'application de la directive européenne aux expulsions judiciaires, et que les décisions judiciaires entrées en force ne sont pas affectées par la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral.

Il appert dès lors que, malgré la jurisprudence très claire du Tribunal fédéral, le Ministère public n'entend pas en faire application.

⁸ *Idem.*

⁹ Le Courrier du 28 avril 2021.

A ce jour, le SAPEM procède encore à de nombreuses conversions de peines pécuniaires en peines privatives de liberté, ce en violation de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1398/2020 du 10 mars 2021.

Certes, le procureur général a raison lorsqu'il dit qu'une nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral n'affecte pas les décisions entrées en force. Cependant, le droit international fait obstacle à l'exécution de peines de prison et il faut surseoir à celles-ci.

En effet, le droit international prime le droit interne. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ce n'est pas la condamnation pénale qui est contraire à l'acquis de Schengen, mais l'exécution d'une peine de prison.

L'exécution d'une peine privative de liberté est du ressort de l'office cantonal de la détention, soit pour lui le SAPEM (art. 372 CP et 5 al. 1 let. i LaCP, art. 10 REPM).

Le cas échéant, c'est aussi au SAPEM qu'il revient de convertir les peines pécuniaires impayées en peines privatives de liberté de substitution.

Nous vous remercions de faire un bon accueil à cette proposition de motion.