Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.444/2006 /rod

Arrêt du 1er décembre 2006
Cour de cassation pénale

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Kolly et Zünd.
Greffière: Mme Kistler.

Parties
A.X._____,
recourant, représenté par Me Daniel Vouilloz, avocat,

contre

Procureur général du canton de Genève,
case postale 3565, 1211 Genève 3.

Objet
Fixation de la peine, sursis, expulsion, lex mitior,

pourvoi en nullité contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale, du 28 août 2006.

Faits :
A.
Par jugement du 7 avril 2006, le Tribunal de police de Genève a reconnu A.X._____ coupable de lésions corporelles simples (art. 123 ch. 1 et 2 CP), de contrainte (art. 181 CP), de tentative de contrainte (art. 22 et 181 CP) et de violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP). Il l'a condamné à une peine d'emprisonnement de dix-huit mois, sous déduction de la détention préventive. Il a révoqué un précédent sursis octroyé le 2 février 2001 par le Tribunal de police de Genève et ordonné l'exécution d'une peine de douze mois d'emprisonnement. Il a prononcé l'expulsion du condamné du territoire suisse pour une durée de cinq ans et révoqué le sursis lié à la mesure d'expulsion ordonnée le 2 février 2001. Enfin, il a condamné A.X._____ à verser une indemnité à son ex-femme et à sa fille à titre de réparation morale.

Statuant le 28 août 2006 sur l'appel de A.X._____, la Chambre pénale de la Cour de justice genevoise a acquitté l'appelant du chef d'accusation de violation du devoir d'assistance ou d'éducation et a réduit la peine à quinze mois d'emprisonnement. Pour le surplus, elle a confirmé le jugement de première instance.
B.
En bref, la condamnation du recourant repose sur les faits suivants:
B.a A.X._____ et B.X._____ se sont mariés le 9 décembre 1998 en Bosnie, dont ils sont originaires tous les deux. Ils ont eu deux enfants : C.X._____, née le 30 mai 1995 (à Slapovici Srebenica) et D.X._____, né le 11 mai 1999 (à Genève).

Par jugement du 2 février 2001, le Tribunal de police de Genève a condamné A.X._____, pour lésions corporelles graves sur la personne de sa femme, à une peine de douze mois d'emprisonnement, avec sursis durant cinq ans, et prononcé son expulsion judiciaire pour une durée de cinq ans, avec sursis pendant cinq ans.

Par jugement du 8 mai 2001, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce des époux

X._____, attribuant à la mère l'autorité parentale et la garde sur les deux enfants.
B.b Bien que divorcé, A.X._____ revenait régulièrement au domicile de son ex-épouse pour exercer son droit de visite sur ses enfants, voire même y passer la nuit. Le 1er août 2005, il a fortement frappé son ex-femme au visage avec l'une ou l'autre de ses mains, lui occasionnant un hématome de l'arrête nasale. En 2004 et 2005, il a battu régulièrement sa fille C.X._____, en la giflant au visage, en lui frappant les fesses, les jambes et les mains, à de multiples reprises, sous des prétextes futiles, alors qu'il était en colère. Il a parfois utilisé une ceinture.

A.X._____ a indiqué à plusieurs reprises à son ex-femme qu'il les tuerait, elle et les enfants, si elle tentait quelque chose contre lui, notamment en portant plainte ou en appelant la police. Il l'a aussi menacée de nouvelles violences ainsi que de lui faire retirer la garde de ses enfants. Sachant que son ex-femme avait rencontré une collaboratrice du service de la protection de la jeunesse et allait aborder la question de ses violences, il lui a téléphoné, entre les 5 août et 15 septembre 2005, pour tenter de l'intimider, lui disant de livrer à la police une version des faits ne correspondant pas à la réalité.
B.c Né le 2 janvier 1971 en Bosnie-Herzégovine, A.X._____ a cinq frères et soeurs (deux frères vivant aux Etats-Unis, un en Autriche et deux soeurs en Bosnie, qu'il déclare aider financièrement car elles sont veuves). Ses parents résident en Bosnie. Il a effectué toute sa scolarité dans son pays d'origine et a acquis une formation dans le domaine de la métallurgie. Pendant la guerre, sa famille et lui ont été victimes des exactions commises au préjudice des musulmans. Leur maison a été brûlée, et il a été mêlé aux combats. Il est venu en Suisse en 1995 avec B.X._____ et sa fille. Une requête d'asile a été déposée. Il a indiqué avoir travaillé dans le domaine du nettoyage de ventilation de 2001 à 2003, puis être tombé au chômage, mais avoir pu occuper des emplois temporaires dans le nettoyage. En 2005, il a bénéficié, pendant deux mois, de l'assistance de l'Hospice général.
C.
Contre cet arrêt cantonal, A.X._____ dépose un pourvoi en nullité devant le Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué, contestant la décision d'expulsion, la quotité de la peine ainsi que le refus de l'octroi du sursis. En outre, il sollicite l'assistance judiciaire.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le recourant s'en prend à la peine d'expulsion. Il dénonce la violation de l'art. 2 al. 2 CP.

Les nouvelles dispositions sur la partie générale du Code pénal entreront en vigueur le 1er janvier 2007 (RO 2006 p. 3535), de sorte qu'elles ne sont pas applicables au présent cas. Pour décider si les conditions de l'expulsion sont réalisées, le juge doit appliquer le droit actuellement en vigueur. Il est vrai que les conséquences de l'expulsion sont durables et qu'elles vont se prolonger au-delà du 1er janvier 2007. Savoir ce qu'il adviendra des décisions d'expulsion ordonnées actuellement sous le code pénal de 1937 est résolue par les dispositions transitoires de la nouvelle loi. Celles-ci prévoient que les peines accessoires seront supprimées par le fait de l'entrée en vigueur du nouveau droit (RO 2006 p. 3533, ch. VI/1).
2.
Le recourant critique l'opportunité et la quotité de l'expulsion prononcée à son encontre. Il soutient, en premier lieu, qu'il ne représente pas un danger pour la sécurité publique dans la mesure où il ne s'en est pris qu'à son ex-femme et à sa fille. En outre, il fait valoir la protection de sa vie familiale (art. 8 CEDH). Enfin, selon lui, un retour sur les lieux où il a vécu la guerre risquerait d'exacerber un traumatisme.
2.1 Selon l'art. 55 al. 1 CP, le juge peut expulser du territoire suisse, pour une durée de trois à quinze ans, tout étranger condamné à la réclusion ou à l'emprisonnement. En cas de récidive, l'expulsion peut être prononcée à vie.

L'expulsion est à la fois une peine accessoire réprimant une infraction et une mesure servant à la protection de la sécurité publique. La jurisprudence récente admet qu'elle a principalement le caractère d'une mesure de sûreté. Pour décider de prononcer ou non une expulsion, le juge doit tenir compte à la fois des critères qui régissent la fixation d'une peine et du but de sécurité publique que remplit l'expulsion (ATF 123 IV 107 consid. 1 p. 108/109; 117 IV 112 consid. 3a p. 117/118, 229 consid. 1 p. 230/231).

Le juge pénal qui envisage de prononcer une mesure d'expulsion à l'encontre d'un réfugié doit tenir compte des restrictions imposées par le droit d'asile à une telle mesure. Selon l'art. 32 ch. 1 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30) et l'art. 65 al. 1 de la loi fédérale sur l'asile (LAsi, RS 142.31; cf. art. 44 al. 1 anc. LAsi et aussi 63 al. 2 LAsi), l'expulsion n'est possible que si le réfugié compromet la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ou s'il a porté gravement atteinte à l'ordre public. Cette restriction découlant du droit d'asile doit être prise en considération au moment du prononcé de l'expulsion, mais non pas en cas de révocation du sursis ou lorsque l'expulsion différée à titre d'essai est ordonnée en application de l'art. 55 al. 2 CP (ATF 116 IV 105 consid. 3b et 4e p. 111 et 113). D'après l'art. 59 LAsi, quiconque a obtenu l'asile en Suisse ou y a été admis provisoirement au titre de réfugié est considéré, à l'égard de toutes les autorités fédérales et cantonales, comme un réfugié au sens de la LAsi et de la Convention relative au statut des réfugiés. Pour un requérant d'asile, le juge pénal doit statuer, à titre préjudiciel, sur sa qualité de réfugié (ATF 116
IV 105 consid. 3b/bb p. 111).

L'ordre public est gravement violé au sens du droit d'asile si les fondements de la vie en société sont menacés (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2e éd., Zurich 1997, art. 55, n. 3). La jurisprudence a admis qu'il y avait une atteinte grave de l'ordre public au sens de l'art. 65 al. 1 LAsi dans le cas d'un viol (arrêt 2A.139/1994 du 1er juillet 1994, consid. 3a), d'une infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants, liée à d'autres infractions (arrêt 2A.88/1995 du 25 août 1995, consid. 3; cf. aussi l'exposé des faits de l'ATF 116 IV 105), d'un incendie avec un cocktail Molotov (ATF 123 IV 107 consid. 2 p. 110), d'une tentative de meurtre (ATF 2A.313/2005 du 25 août 2005, consid. 3.1.2) ainsi qu'en cas de vols et de brigandages en bande et par métier (arrêt 6P.138/2002 du 7 février 2003 consid. 3.3).

Le juge qui décide d'ordonner l'expulsion d'un réfugié doit soigneusement peser l'intérêt public à la prévention d'autres infractions commises par le délinquant étranger et l'intérêt privé de celui-ci à rester en Suisse. Il doit tenir compte des points de vue de l'art. 8 CEDH. Il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il doit mentionner dans son jugement les raisons qui l'ont conduit à ordonner l'expulsion afin que le Tribunal fédéral soit en mesure de constater de quelle manière la loi a été appliquée (ATF 117 IV 112 consid. 3a p. 117).
2.2 Dans son mémoire, le recourant a déclaré qu'il bénéficiait d'une admission provisoire. L'arrêt attaqué retient seulement que le recourant, d'origine bosniaque, a déposé une requête d'asile, mais ne précise pas la suite qui a été donnée à cette requête. Au vu des constatations cantonales, la cour de céans ne peut donc déterminer si le recourant revêt la qualité de réfugié au sens de la Convention relative au statut des réfugiés et si, partant, les restrictions découlant du droit d'asile sont applicables. Elle est en conséquence dans l'impossibilité de constater si la décision d'expulsion viole le droit fédéral. Sur ce point, le pourvoi doit donc être admis en application de l'art. 277 CP, l'arrêt attaqué doit être annulé et renvoyé à la cour cantonale.
3.
Le recourant s'en prend à la peine d'emprisonnement de quinze mois qui lui a été infligée. Il relève qu'il a vécu la guerre et qu'il a connu le massacre de Srebrenica. En outre, il fait valoir qu'il a grandi dans un pays dont les coutumes et les moeurs sont différentes et où la femme n'occupe pas le même rang qu'en Suisse. Enfin, il se plaint que la réduction de la peine de trois mois en raison de l'abandon du chef d'accusation de l'infraction prévue à l'art. 219 CP est trop faible.
3.1 Selon l'art. 63 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier. La loi n'énonce cependant pas de manière détaillée et exhaustive les éléments qui doivent être pris en considération, ni les conséquences exactes qu'il faut en tirer quant à la fixation de la peine. Elle laisse donc au juge un large pouvoir d'appréciation, de sorte que le Tribunal fédéral n'admettra un pourvoi en nullité portant sur la quotité de la peine que si la sanction a été fixée en dehors du cadre légal, si elle est fondée sur des critères étrangers à l'art. 63 CP, si les éléments d'appréciation prévus par cette disposition n'ont pas été pris en compte ou enfin si la peine apparaît exagérément sévère ou clémente au point que l'on doive parler d'un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20 s. et les arrêts cités).

Les éléments pertinents pour la fixation de la peine ont été exposés dans les ATF 117 IV 112 consid. 1 et

116 IV 288 consid. 2a et, plus récemment, dans l'ATF 129 IV 6 consid. 6.1, auxquels on peut se référer. Le critère essentiel est celui de la gravité de la faute. Les autres éléments concernent la personne de l'auteur, soit ses antécédents, sa situation personnelle, familiale et professionnelle, l'éducation reçue, la formation suivie, son intégration sociale et, d'une manière générale, sa réputation (ATF 118 IV 21 consid. 2b p. 25).
3.2 La cour cantonale a tenu compte pour fixer la peine de la gravité de la faute du recourant, qui a terrorisé son ex-épouse et sa fille durant plusieurs années. Elle a relevé que le recourant avait déjà été condamné par le passé pour avoir causé des lésions corporelles graves à son épouse et a mentionné que le comportement du recourant durant la procédure démontrait qu'il n'avait absolument pas compris qu'il n'avait pas le droit de se comporter en tyran domestique à l'égard de ses proches.

En Suisse depuis huit ans et déjà condamné pour avoir frappé sa femme en 2001, le recourant ne pouvait ignorer que le fait de battre sa femme et sa fille était punissable, de sorte qu'une diminution de la peine pour une différence de culture ne se justifie d'emblée pas. En outre, la réduction de la peine de trois mois pour l'abandon du chef d'accusation de l'art. 219 CP est parfaitement proportionnée. Contrairement à ce que soutient le recourant, l'infraction prévue à l'art. 219 CP n'est pas plus grave que les lésions corporelles simples, puisque les deux infractions sont punies de l'emprisonnement jusqu'à trois ans. Au demeurant, le droit pénal suisse ne connaît pas, en cas de concours d'infractions, le système du cumul des peines infligées pour chacune des infractions, mais celui de l'aggravation, qui consiste pour le juge à prononcer une peine pour l'infraction la plus grave et à augmenter cette peine pour tenir compte des autres infractions.

En définitive, la peine de quinze mois d'emprisonnement n'apparaît pas, au vu des circonstances, sévère à un point tel qu'il faille conclure à un abus du large pouvoir d'appréciation accordé à la cour cantonale. Cette dernière a motivé de manière détaillée et complète la peine, et le recourant n'invoque aucun élément, propre à modifier la peine, qu'elle aurait omis ou pris en considération à tort. Le grief de violation de l'art. 63 CP est dès lors infondé.
4.
Enfin, le recourant se plaint que sa peine ne soit pas assortie du sursis.
4.1 Ce point ne semble pas avoir été soulevé devant l'instance cantonale de recours, dès lors que celle-ci a constaté que le recourant ne critiquait pas le refus du sursis ni la révocation du sursis octroyé en 2001 (arrêt attaqué p. 13 ch. 4). Quoi qu'il en soit, lorsque, comme c'est le cas de l'appel en procédure pénale genevoise (Bernhard Sträuli, Pourvoi en nullité et recours de droit public au Tribunal fédéral, thèse Genève 1995, p. 80 no 194), l'autorité cantonale de dernière instance doit appliquer le droit d'office, la partie n'est pas obligée d'attirer l'attention sur le problème invoqué ensuite devant le Tribunal fédéral (ATF 104 IV 270 consid. 3, 102 IV 103 consid. 2a; cf. Corboz, Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral, in SJ 1991 p. 57 ss, 67). Par conséquent, le grief du recourant doit être considéré comme valablement soulevé devant le Tribunal fédéral.
4.2
4.2.1 Selon l'art. 41 ch. 1 al. 1 CP, le sursis à l'exécution d'une peine privative de liberté peut être octroyé si la durée de la peine n'excède pas dix-huit mois et si les antécédents et le caractère du condamné font prévoir que cette mesure le détournera de commettre d'autres crimes ou délits. Selon l'al. 2, le sursis ne peut pas être accordé lorsque le condamné a subi, à raison d'un crime ou d'un délit intentionnel, plus de trois mois de réclusion ou d'emprisonnement dans les cinq ans qui ont précédé la commission de l'infraction.

En l'espèce, le recourant a été condamné à six mois d'emprisonnement et n'a pas exécuté préalablement de peine privative de liberté de plus de trois mois. Les conditions objectives du sursis sont donc réunies. La seule question litigieuse est donc de savoir si la condition dite subjective est réalisée, c'est-à-dire si l'on peut prévoir, en fonction des antécédents et du caractère du condamné, que cette mesure sera de nature à le détourner de commettre d'autres crimes ou délits.
4.2.2 Le juge posera son pronostic, quant aux chances d'amendement et, partant, quant à l'efficacité du sursis, sur la base des éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère du délinquant. Il tiendra compte de sa conduite antérieure, de la nature des mobiles qui l'ont déterminé à agir, des particularités de l'infraction elle-même, de la réputation et de la situation personnelle du prévenu au moment du jugement, et notamment de son état d'esprit, ainsi que des connaissances personnelles de l'accusé que lui procurent les débats (ATF 118 IV

97 consid. 2b p. 100 s.). La conscience qu'a l'auteur de l'illicéité de son acte et le repentir qu'il en éprouve apparaissent comme les conditions les plus importantes pour l'établissement d'un pronostic (Schneider, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 41 CP, n. 98-100). De vagues espoirs quant à la conduite future du délinquant ne suffisent pas pour poser un pronostic favorable (ATF 115 IV 81 consid. 2a p. 82).

En l'espèce, le recourant a déjà été condamné en 2001 pour avoir battu sa femme et n'accepte pas avoir pu commettre de tels actes. Vu que le recourant n'a aucune conscience de l'illicéité de son acte, un pronostic favorable ne peut être établi. Il est à cet égard sans pertinence que le recourant bénéficie d'un suivi psychiatrique hebdomadaire ainsi que d'un traitement médicamenteux en raison d'un état anxio-dépressif, cette décision de se soumettre à ces traitements ne témoignant d'aucun repentir. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.
5.
Au vu de ce qui précède, le pourvoi doit être admis sur la question de l'expulsion en application de l'art. 277 PPF. Pour le surplus, le pourvoi est rejeté.

Le recourant obtient gain de cause sur un point, mais succombe sur le reste de son argumentation. Il supportera donc un émolument judiciaire réduit (art. 278 al. 1 PPF) et une indemnité réduite lui sera versée à titre de dépens (art. 278 al. 3 PPF). Le recourant a sollicité l'assistance judiciaire. Cette requête est devenue sans objet dans la mesure où le pourvoi a été admis. Elle est rejetée pour le surplus car l'argumentation présentée apparaissait d'emblée vouée à l'échec (art. 152 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le pourvoi est partiellement admis en application de l'art. 277 PPF, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Pour le surplus, le pourvoi est rejeté.
2.
La requête d'assistance judiciaire est rejetée dans la mesure où elle n'est pas devenue sans objet.
3.
Un émolument judiciaire de 1000 francs est mis à la charge du recourant.
4.
La Caisse du Tribunal fédéral versera au recourant une indemnité de 1000 francs.
5.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, au Procureur général genevois et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale.
Lausanne, le 1er décembre 2006
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: