

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/12431/2017

AARP/170/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 5 juin 2018

Entre

A_____, sans domicile fixe, comparant par M^e Dina BAZARBACHI, avocate, rue Micheli-du-Crest 4, 1205 Genève,

appelant,

contre le jugement JTDP/36/2018 rendu le 10 janvier 2018 par Tribunal de police,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

A. a. Par annonce faite à l'issue des débats et consignée au procès-verbal, A_____ forme appel du jugement du tribunal de police du 10 janvier 2018, dont les motifs lui seront notifiés le 15 janvier suivant, par lequel il a été reconnu coupable d'infractions aux art. 19 al. 1 let. c et 19a ch. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) ainsi que de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 [LEtr - RS 142.20]) et condamné à une peine privative de liberté de quatre mois, sous déduction de deux jours de détention avant jugement, ainsi qu'à une amende de CHF 100.-. Le premier juge a en outre ordonné diverses mesures, dont la confiscation et la dévolution à l'Etat d'un montant de CHF 50.- et mis à la charge du condamné les frais de la procédure, par CHF 1'314.-, le recouvrement en étant partiellement assuré par la compensation, à due concurrence, avec la créance de ce dernier en restitution du solde de l'argent saisi sur lui (CHF 289.30).

b. Par acte expédié le 5 février 2018, A_____ conclut à son acquittement du chef de délit contre la LStup, au prononcé d'une peine pécuniaire clémente sanctionnant le séjour illégal et à son indemnisation.

c. Selon l'ordonnance pénale du 16 juin 2017, il est reproché à A_____ d'avoir :

- depuis le 24 février 2017, date de sa sortie de prison, jusqu'au 15 juin 2017, date de son interpellation, séjourné à Genève alors qu'il était démuné des autorisations nécessaires ainsi que d'un document d'identité valable et alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée sur le territoire suisse, valable du 22 janvier 2016 au 21 janvier 2021, décision dûment notifiée le 23 mars 2016 ;

- à tout le moins le 15 juin 2017, aux alentours de 23h00 (*recte* : 19h40), à la rue _____, vendu un sachet de marijuana, d'un poids total brut de 4 grammes, pour un prix de CHF 50.-, à B_____ ;

- régulièrement consommé des stupéfiants.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. A_____ reconnaît les faits constitutifs de séjour illégal ainsi que de consommation de stupéfiants.

b. Selon le rapport de police du 16 juin 2017, la veille, à la rue _____, une patrouille avait observé une transaction entre A_____ et le consommateur B_____, domicilié à C_____ (_____/ France). Interpellé à proximité, l'acheteur avait remis

à la police un sachet de marijuana de 4 g bruts admettant qu'il l'avait acquis lors de la transaction observée. Arrêté à son tour, A_____ avait reconnu qu'il venait de vendre un sachet de marijuana à B_____ et indiqué que sur la somme totale de CHF 339.30 trouvée sur lui, le billet de CHF 50.- lui avait été remis par le précité.

c. Le procès-verbal de l'audition ultérieure de A_____ consigne son accord sur le fait que le policier D_____ fonctionne en lieu et place d'un interprète de langue anglaise.

L'appelant y est tenu pour avoir déclaré ce qui suit au sujet des faits désormais contestés : *"je n'ai pas d'argent pour vivre, alors je reconnais que je suis obligé de vendre occasionnellement un peu de marijuana pour subvenir à mes besoins. C'est ce qui s'est passé cet après-midi. Un ami m'a donné un sachet de marijuana et quelques minutes après, un homme est venu me demander quelque chose à fumer. Comme je n'avais pas d'argent, je lui ai vendu le sachet que j'avais avec moi pour la somme de CHF 50. –. Je précise que l'argent de la vente était pour moi. Je ne devais pas restituer une partie de l'argent à la personne qui m'a donné le sachet."* A_____ a encore ajouté que si la somme précitée provenait d'un trafic, le reste de l'argent trouvé sur lui représentait le solde de ses économies réalisées en prison. Il s'est exprimé sur divers sujets, décrivant sa situation personnelle et se déterminant sur les questions relevant de l'infraction à la LEtr.

d. A_____ ayant formé opposition à l'ordonnance pénale du Ministère public (MP) prononcée le 16 juin 2017, une audience a été appointée, lors de laquelle le prévenu a contesté avoir vendu de la marijuana à B_____, auquel il souhaitait être confronté. Il n'avait pas été trouvé en possession d'une telle substance et avait paniqué lorsqu'il avait vu que d'autres personnes étaient arrêtées par des hommes en civil. Il n'avait compris qu'il s'agissait de la police qu'une fois au poste. On lui avait fait subir des pressions afin qu'il parle. Il n'avait pas compris certaines questions. D'ailleurs, l'interprète présent à l'audience avait dû s'y prendre à plusieurs reprises pour lui traduire certaines choses. Il parlait et comprenait bien l'anglais, étant précisé qu'il s'exprimait principalement en swahili, sa langue maternelle.

e. A l'audience de jugement, A_____ a réitéré qu'il contestait la vente reprochée, sans autre explication.

C. a. L'appel a été instruit par la voie écrite, avec l'accord des parties.

b. Aux termes de son mémoire d'appel du 5 avril 2018, A_____ conteste la validité des modalités de son audition par la police, vu le recours aux services d'un policier pour effectuer la traduction, estimant que les conditions légales n'étaient pas remplies et que ni le traducteur improvisé ni lui-même ne maîtrisaient suffisamment la langue

anglaise. Il se plaint également derechef de ne pas avoir été confronté au "prétendu" acheteur.

Il persiste dans ses conclusions, chiffrant l'indemnité à laquelle il prétend en couverture de ses honoraires d'avocat pour l'ensemble de la procédure à CHF 1'492.-.

c. Le MP et le premier juge se réfèrent à la décision querellée.

D. A _____ se dit originaire d'Ouganda et né le _____ 1996. Il est célibataire, sans enfants et sans domicile fixe. On ignore quand et par quelle voie il est arrivé en Europe, puis en Suisse, étant précisé que son premier signalement semble remonter au mois de mars 2014, dans le canton de Vaud. Il indique faire des "allers-retours" entre la Suisse et la France.

Entre le 24 septembre 2014 et le prononcé du jugement de première instance, il avait été condamné à 10 reprises, pour des infractions de séjours ou d'entrées illégaux, des violations de domicile et des contraventions à la LStup, à des peines allant de 30 jours-amende, avec sursis, ultérieurement révoqué, à 90 jours de peine privative de liberté.

Postérieurement au jugement, il a encore été condamné, par ordonnances du MP désormais en force :

- le 7 mars 2018, à une peine privative de liberté de quatre mois, pour délit contre la LStup et entrée illégale ;
- le 17 avril 2018, à une peine privative de liberté de six mois pour séjour illégal et non-respect d'une assignation à un lieu de résidence ou interdiction de pénétrer dans une région déterminée.

EN DROIT :

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, du 5 octobre 2007 [CPP ; RS 312.0]).

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

2. **2.1.1.** L'art. 68 CPP prévoit que la direction de la procédure fait appel à un traducteur ou un interprète lorsqu'une personne participant à la procédure ne comprend pas la langue de la procédure ou n'est pas en mesure de s'exprimer suffisamment bien dans

cette langue (al. 1, 1^{ère} phrase) ; il peut toutefois y être renoncé, avec l'accord de cette personne, pour les affaires simples ou urgentes et pour autant que le préposé au procès-verbal maîtrise suffisamment bien la langue de cette personne (art. 68 al. 1, 2^{ème} phrase, CPP). Ces principes sont également valables devant la police (D. EQUÉY, *L'interprète et le traducteur dans la procédure pénale*, SJ 2013 II 429/430 et les références citées).

2.1.2. En l'occurrence, l'affaire était incontestablement simple, ce que l'appelant ne conteste d'ailleurs pas. Celui-ci ne nie pas non plus avoir consenti à ce qu'un policier effectue la traduction à la place d'un véritable interprète.

Il allègue désormais que le policier en question ne maîtrisait pas suffisamment la langue anglaise sans étayer le propos, ne serait-ce qu'à l'aide d'un exemple, de sorte qu'il n'y a pas de raison de le suivre. On ne voit par ailleurs pas quel argument il pourrait tirer de sa propre connaissance insuffisante, ou supposée telle, de cette langue, dès lors que le problème ne relèverait alors pas du choix de l'interprète/traducteur mais plutôt de celui de l'idiome. Or, il ne soutient pas que ses interrogatoires auraient dû être conduits en swahili.

Comme souligné par le premier juge, le procès-verbal d'audition par la police comporte plusieurs pages et est détaillé. Les explications que l'appelant a données en ce qui concerne plus particulièrement la vente de la drogue ne se limitent pas à la simple admission d'une transaction ; elles sont au contraire circonstanciées, l'intéressé ayant indiqué pourquoi et comment il en était venu à vendre le sachet de marijuana trouvé sur l'acheteur, et à quel prix. Les déclarations en cause paraissent d'autant plus authentiques qu'elles comportent des éléments à décharge, la transaction étant décrite comme le résultat d'une décision impulsive, provoquée par le client.

Dans ces circonstances, il n'y a aucune raison de revenir sur des modalités auxquelles l'appelant a consenti.

2.2.1. L'art. 147 al. 1, 1^{ère} phrase, CPP consacre le principe de l'administration des preuves en présence des parties durant la procédure d'instruction et les débats. Il en ressort que les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves par le ministère public et les tribunaux et de poser des questions aux comparants, cela dans le but d'établir ou de mettre en doute la crédibilité des déclarations de ces derniers (ATF 141 IV 220 = JdT 2016 IV 79 ; ATF 139 IV 25 = JdT 2013 IV 226 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_404/2012 du 4 décembre 2012). Ce droit spécifique de participer et de collaborer découle du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst. - RS 101], art. 107 al. 1 let. b CPP). Il présuppose la qualité de partie (ATF 140 IV 172 consid. 1.2.1 et 1.2.2 p. 174 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_688/2014 du 22 décembre 2017 consid. 6.5.1). Il ne peut être restreint qu'aux conditions prévues par la loi (cf. art.

108, 146 al. 4 et 149 al. 2 let. b CPP ; cf. aussi art. 101 al. 1 CPP et Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1166 s. ch. 2.4.1.3). Les preuves administrées en violation de l'art. 147 al. 1 CPP ne sont pas exploitables à la charge de la partie qui n'était pas présente (art. 147 al. 4 CPP ; cf. ATF 140 IV 172 consid. 1.2.1 p. 175 ; ATF 139 IV 25 consid. 4.2 p. 29 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_321/2017 du 8 mars 2018 consid. 1.5.1).

Le droit d'être confronté, au moins une fois, aux témoins à charge est absolu (ATF 131 I 476 consid. 2.2 p. 481), y compris lorsque les dépositions décisives ont été recueillies par la police (ATF 125 I 129 consid. 6a p. 132), faute de quoi ces preuves ne pourront en principe pas être exploitées à charge du prévenu. Leur caractère inexploitable, exprimé à l'art. 147 al. 4 CPP, vaut toutefois sous réserve des limites posées à l'art. 147 al. 3, 2^e phrase, CPP (N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 2^e éd., Zurich 2013, n. 15 ad art. 147). Selon l'art. 147 al. 3, 2^e phrase, CPP, il peut être renoncé à répéter l'administration de preuves qui s'est tenue en l'absence d'une partie ou de son conseil, si cette répétition entraînerait des frais et démarches disproportionnés et que le droit des parties peut être satisfait d'une autre manière. Le lieu de séjour inconnu du témoin est une raison de renoncer à la répétition (N. SCHMID, *op. cit.*, n. 14 ad art. 147).

L'art. 6 par. 3 let. d CEDH exclut qu'un jugement pénal soit fondé sur les déclarations de témoins sans qu'une occasion appropriée et suffisante soit au moins une fois offerte au prévenu de mettre ces témoignages en doute et d'interroger les témoins, à quelque stade de la procédure que ce soit. Sont considérées comme des déclarations de témoins toutes celles portées à la connaissance du tribunal et utilisées par lui, y compris lorsqu'elles ont été recueillies lors de l'enquête préliminaire (ATF 131 I 476 consid. 2.2 pp. 480 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1023/2016 du 30 mars 2017 consid. 1.2.3). En tant qu'elle concrétise le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), cette exigence est également garantie par l'art. 32 al. 2 Cst. Ce droit est absolu lorsque la déposition du témoin en cause est d'une importance décisive, notamment lorsqu'il est le seul témoin, ou que sa déposition est une preuve essentielle (ATF 131 I 476 consid. 2.2 p. 480 ; ATF 129 I 151 consid. 3.1 pp. 153 s.). Cependant, dans certains cas, la déclaration d'un témoin auquel le prévenu n'a pas été confronté peut être exploitée, pour autant que la déposition soit soumise à un examen attentif, que l'accusé puisse prendre position à son sujet et que le verdict de culpabilité ne soit pas fondé sur cette seule preuve (ATF 131 I 476 consid. 2.2 pp. 480 ss et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_961/2016 du 10 avril 2017 consid. 3.3.1). De manière générale, il convient de rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, y compris la présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable. La question de savoir si le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge garanti par l'art. 6 par. 3 let. d CEDH a été respecté doit donc être examinée dans chaque cas en fonction de l'ensemble de la procédure et des circonstances concrètes (arrêt du Tribunal fédéral 6B_456/2011 du 27 décembre 2011 consid. 1.1 et les références).

2.2.2. En l'occurrence, il est vrai que le domicile français du consommateur impliquait de possibles difficultés dans l'organisation d'une confrontation mais faute d'avoir tenté, on ne saurait exclure d'emblée la possibilité d'y procéder. Pour autant, ainsi qu'il sera développé ci-après, ce n'est pas sur la base des déclarations de ce protagoniste que la conviction de la culpabilité de l'appelant est assise. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si l'on se trouve dans un cas de figure où les déclarations à charge peuvent être exploitées nonobstant l'absence de confrontation.

Il peut ainsi être concédé à l'appelant que les déclarations de B_____ ne peuvent lui être opposées, ce qui ne changera cependant pas l'issue de la cause.

- 3. 3.1.** Le principe *in dubio pro reo*, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 CEDH et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 Cst. et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves.

En tant que règle sur le fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'accusation d'établir la culpabilité de l'accusé, et non à ce dernier de démontrer son innocence. Il est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence ; lorsqu'il résulte du jugement que, pour être parti de la fausse prémisse qu'il incombait à l'accusé de prouver son innocence, le juge l'a condamné parce qu'il n'avait pas apporté cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40 et les arrêts cités) ou encore lorsque le juge condamne le prévenu au seul motif que sa culpabilité est plus vraisemblable que son innocence (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1145/2014 du 26 novembre 2015 consid. 1.2 et 6B_748/2009 du 2 novembre 2009 consid. 2.1).

Comme principe présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes. Il ne doit pas s'agir de doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Ces principes sont violés lorsque l'appréciation objective de l'ensemble des éléments de preuve laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à la culpabilité de l'accusé, autrement dit lorsque le juge du fond retient un état de fait défavorable à l'accusé alors qu'il existe un doute raisonnable quant au déroulement véritable des événements (ATF 138 V 74 consid. 7 p. 82 ; ATF 127 I 38 consid. 2a p. 41 ; ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 87 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1015/2016 du 27 octobre 2017 consid. 4.1).

3.2. La transaction contestée a été observée par la police, selon le rapport du 16 juin 2017 étant relevé que l'appelant n'en a jamais contesté le contenu pas plus qu'il n'a demandé à être confronté aux policiers. L'exactitude des constatations visuelles de la police est corroborée par le fait que la personne interpellée aussitôt après était en

possession d'un sachet de marijuana. Elles le sont également par les aveux de l'appelant lors de son interpellation puis de son audition par la police. Il est particulièrement significatif que l'intéressé ait décrit avoir vendu un sachet de marijuana, soit précisément la substance, telle que conditionnée, trouvé sur le consommateur repéré par la police. En outre, l'appelant a donné des détails circonstanciés et isolés, parmi les billets et pièces en sa possession, le billet de CHF 50.- reçu en règlement du prix de vente.

C'est donc sur la base de ces éléments, et non des déclarations du toxicomane, qui n'a d'ailleurs pas été requis de formellement identifier son vendeur, qu'il peut être tenu pour acquis, au-delà de tout doute raisonnable, que l'appelant a vendu à B _____ le sachet de marijuana trouvé sur ce dernier, de sorte que l'appel doit être rejeté.

4. **4.1.** L'appelant ne conteste pas la peine pour l'hypothèse où le verdict de culpabilité serait confirmé. Toutefois, il s'avère que postérieurement au prononcé du jugement, deux nouvelles condamnations ont été prononcées à son encontre, de sorte que la peine doit en tout état être revue pour permettre l'application de l'art. 49 al. 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

4.2.1. 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. 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 p. 61 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_1428/2016 du 3 octobre 2017 consid. 4.1 ; 6B_326/2016 du 22 mars 2017 consid. 4.1).

4.2.2. 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. En revanche, lorsque la loi pénale ne prévoit pas le même genre de peine pour toutes les infractions, l'art. 49 al. 1 CP ne s'applique pas et les peines doivent être prononcées cumulativement (ATF 137 IV 57 consid. 4.3 p. 58 ss). 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) ; le fait que les dispositions pénales applicables prévoient, de manière abstraite, des peines d'un même genre ne suffit pas (ATF 138 IV 120 consid. 5.2 p. 122 ss).

À teneur de l'art. 49 al. 2 CP, si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (ATF 142 IV 329 consid. 1.4.1 p. 331 = JdT 2017 IV 221 ; SJZ/RSJ 112/2016 p. 530 ; AJP 2017 p. 408 ; AARP/49/2017 du 10 février 2017 consid. 3.2.1 à 3.2.3 ; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.3 p. 268 = JdT 2017 IV 129 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.2 p. 67 ; ATF 138 IV 113 consid. 3.4.1 p. 115 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_952/2016, 6B_962/2016 du 29 août 2017 consid. 4.1).

Cette situation vise le concours réel rétrospectif qui se présente lorsque l'accusé, qui a déjà été condamné pour une infraction, doit être jugé pour une autre infraction commise avant le premier jugement, mais que le tribunal ignorait. L'art. 49 al. 2 CP enjoint au juge de prononcer une peine complémentaire ou additionnelle ("*Zusatzstrafe*"), de telle sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (ATF 142 IV 265 consid. 2.3.1 = JdT 2017 IV 129 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.2 p. 67 ; ATF 138 IV 113 consid. 3.4.1 p. 115 et les références). Il doit s'agir de peines de même genre (ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2 et les références = JdT 2017 IV 129).

L'art. 49 al. 2 CP permet de garantir le principe de l'aggravation également en cas de concours réel rétrospectif. L'auteur qui encourt plusieurs peines privatives de liberté doit pouvoir bénéficier du principe de l'aggravation, indépendamment du fait que la procédure s'est ou non déroulée en deux temps (ATF 142 IV 329 consid. 1.4.1 p. 331 = JdT 2017 IV 221 ; SJZ/RSJ 112/2016 p. 530 ; AJP 2017 p. 408 ; AARP/49/2017 du 10 février 2017 consid. 3.2.1 à 3.2.3 ; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.3 p. 268 = JdT

2017 IV 129 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.2 p. 67 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_623/2016 du 25 avril 2017 consid. 1.1 et 1.4).

4.2.3. La réforme du droit des sanctions entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 marque un durcissement du droit des sanctions (Message relatif à la modification du Code pénal et du Code pénal militaire du 4 avril 2012, FF 2012 4385 ss ; M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI [éds], *Code pénal - Petit commentaire*, 2^{ème} éd., Bâle 2017, Rem. prélim. ad art. 34 à 41, n. 2 ss). En particulier, la peine privative de liberté est désormais de trois jours au moins et de vingt ans au plus (sous réserve d'une peine privative de liberté à vie lorsque la loi le prévoit expressément ; art. 40 CP ; M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI [éds], *op. cit.*, Rem. prélim. ad art. 34 à 41 CP, n. 5) alors que précédemment, la courte peine privative de liberté était l'exception dès lors qu'elle ne pouvait être prononcée que si des motifs de prévention spéciale permettaient de considérer qu'une peine pécuniaire ou une nouvelle peine de travail d'intérêt général seraient d'emblée inadaptées, (arrêts du Tribunal fédéral 6B_341/2017 du 23 janvier 2018 consid. 1.1 ; 6B_1030/2016 du 2 février 2017 consid. 2.2.2). Le juge devait alors motiver le choix de la courte peine privative de liberté ferme de manière circonstanciée (art. 41 al. 2 CP). Il ne lui suffisait pas d'expliquer pourquoi une peine privative de liberté ferme semblait adéquate, il devait également mentionner clairement en quoi les conditions du sursis n'étaient pas réunies, en quoi il y avait lieu d'admettre que la peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général ne paraissaient pas exécutoires (ATF 134 IV 60 consid. 8.4 p. 80 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_372/2017 du 15 novembre 2017 consid. 1.1 ; 6B_1030/2016 du 2 février 2017 consid. 2.2).

4.3. La faute de l'appelant est d'une gravité moyenne. Elle pourrait encore être tenue pour légère s'il n'y avait que la transaction contestée en appel et la consommation de stupéfiants, mais il s'y ajoute la violation de la LEtr, d'autant plus sérieuse que l'appelant persiste à séjourner en Suisse ou à y revenir nonobstant les nombreuses condamnations déjà rendues à son encontre et l'interdiction d'entrée qui le frappe depuis le 22 janvier 2016. Il n'a manifestement cure de ces décisions ou, plus généralement, des règles de l'ordre juridique. En persistant à séjourner en Suisse en toute illégalité, l'appelant s'est placé dans une situation de précarité qui l'a conduit, selon ses propres explications, à vendre la marijuana saisie.

La période pénale est relativement brève, mais s'inscrit dans une succession d'infractions, étant relevé que deux nouvelles condamnations sont venues enrichir son casier judiciaire.

Il y a concours d'infractions et concours retrospectif.

Certes, on imagine que l'appelant, au demeurant encore jeune, a eu un parcours difficile, mais cela ne justifie pas ses agissements, notamment pas la répétition des infractions à la LEtr, l'intéressé devant se résoudre à l'idée que ce mode de vie ne constitue pas une solution, en l'absence de toute perspective de régularisation.

Si n'était le concours rétrospectif, la peine infligée par le premier juge paraîtrait adéquate, vu ce qui précède, tant par sa durée que par son type. En ce qui concerne plus particulièrement le type de peine, il faut rappeler que vu ses antécédents et l'absence de toute perspective d'amendement, le pronostic est clairement défavorable ce qui exclut le sursis. En outre, l'appelant, qui n'a d'ailleurs pas évoqué une telle issue, ne saurait prétendre effectuer un travail d'intérêt général, et il a déjà connu de la peine pécuniaire, sans que cela n'ait d'effet dissuasif. L'application des dispositions en vigueur lors de la commission des faits ne conduirait donc pas à écarter la peine privative de liberté.

Cependant, il faut admettre que si elle était appelée à connaître de toutes les infractions objet des décisions des 10 janvier, 7 mars et 17 avril 2018, la juridiction d'appel n'infligerait pas une peine privative de liberté supérieure à dix mois.

Il convient donc de réduire la présente peine privative de liberté à zéro, celle-ci étant complémentaire à celles prononcées par le MP les 7 mars et 17 avril 2018.

4.4. Il n'y a en revanche pas lieu de revenir sur l'amende sanctionnant la consommation de stupéfiant, contre laquelle l'appel n'est pas dirigé et qui n'entre pas en concours rétrospectif avec les peines privatives de libertés ultérieures.

- 5. 5.1.** Aux termes de l'art. 51 CP, le juge impute sur la peine la détention avant jugement subie par l'auteur dans le cadre de l'affaire qui vient d'être jugée ou d'une autre procédure.

Il découle de cette disposition qu'une peine privative de liberté doit, si possible, être compensée avec la privation de liberté déjà intervenue, même dans une autre procédure (ATF 133 IV 150 consid. 5.1 p. 154 s.). La détention avant jugement doit être imputée sur la peine, indépendamment du fait que celle-ci soit assortie du sursis ou non et qu'il s'agisse d'une peine pécuniaire ou privative de liberté (ATF 135 IV 126 consid. 1.3.6 p. 129). En présence de peines de types différents, l'imputation de la détention avant jugement s'opère en premier lieu sur la peine privative de liberté, puis en cas d'excédent sur la peine pécuniaire, indifféremment d'une identité entre cette dernière et la détention avant jugement subie (arrêt du Tribunal fédéral 6B_983/2013 du 24 février 2014 consid. 6.2).

La question de l'indemnisation d'une détention injustifiée ne se pose en principe que si une imputation suffisante de cette détention sur une autre sanction au sens de

l'art. 51 CP n'est plus possible ; l'indemnisation financière est ainsi subsidiaire à l'imputation (ATF 141 IV 236 consid. 3.3 p. 239 et les références citées). L'intéressé n'a pas le droit de choisir entre ces deux voies (arrêt du Tribunal fédéral 6B_431/2015 du 24 mars 2016 consid. 2.2.).

La procédure à suivre en matière d'imputation de la détention dans une autre procédure n'est pas réglée par la loi. En principe, l'imputation doit être effectuée par l'autorité appelée à statuer sur l'application de l'art. 431 al. 2 CPP, l'autre autorité devant être informée de l'imputation (AARP/334/2017 du 12 octobre 2017, consid. 6.6).

5.2. En l'occurrence, vu le concours rétroactif, l'appelant s'avère avoir subi deux jours de détention avant jugement dans cette affaire alors que sa peine a dû être réduite à zéro. Ces deux jours devront donc être déduits des peines ultérieures précitées, l'attention du Service d'application des peines et mesures, qui recevra communication du présent arrêt, étant expressément attirée sur ce point.

6. 6.1. Selon l'art. 428 al. 2 let. a CPP, les frais sont mis à la charge de la partie qui a interjeté recours, quand bien même celle-ci obtient une décision plus favorable, si les conditions qui lui ont permis d'obtenir ce résultat n'ont été réalisées que dans la procédure de recours. Tel est le cas en l'occurrence, le concours rétroactif ne s'étant réalisé qu'en cours de la procédure d'appel. Les frais de ladite procédure seront donc mis à la charge de l'intéressé.

6.2. La question de l'indemnisation du prévenu (art. 429 CPP) doit être traitée en relation avec celle des frais (art. 426 CPP). Si le prévenu supporte les frais en application de l'art. 426 al. 1 ou 2 CPP, une indemnité est en règle générale exclue. En revanche, si l'Etat supporte les frais de la procédure pénale, le prévenu a en principe droit à une indemnité selon l'art. 429 CPP (ATF 137 IV 352 consid. 2.4.2 p. 357). La question de l'indemnisation doit être tranchée après la question des frais. Dans cette mesure, la décision sur les frais préjuge de la question de l'indemnisation (ATF 137 IV 352 consid. 2.4.2 p. 357 ; arrêts du TF 6B_385/2017 du 5 décembre 2017 consid. 2.1 ; 6B_620/2016 du 17 mai 2017 consid. 2.2.2 et les références ; 6B_792/2016 du 18 avril 2017 consid. 3.3). Pour cette raison déjà, l'appelant ne saurait prétendre à couverture de ses frais de défense.

A cela s'ajoute que le motif qui a conduit à la réduction de la peine a été soulevé d'office par la Cour et n'a donc exigé aucun travail facturable de l'avocat de l'appelant.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/36/2018 rendu le 10 janvier 2018 par le Tribunal de police dans la procédure P/12431/2017.

Annule ce jugement dans la mesure où il condamne A_____ à une peine privative de liberté de quatre mois, sous déduction de deux jours de détention avant jugement.

Et statuant à nouveau :

Condamne A_____ à une peine privative de liberté de zéro unités, dite peine étant complémentaire à celles prononcées par le Ministère public en date du 7 mars 2018, dans le cadre de la procédure P/1_____, et du 17 avril 2018, dans le cadre la procédure P/2_____.

Dit que les deux jours de détention préventive subis dans le cadre de la présente procédure doivent être imputés desdites peines.

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

Condamne A_____ aux frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émolument de CHF 800.-.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information au Tribunal de police, au Service de l'application des peines et des mesures, à l'Office cantonal de la population, au Service des contraventions et au Service d'Etat aux migrations.

Siégeant :

Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, présidente ; Madame Valérie LAUBER, juge ; Monsieur Jacques DELIEUTRAZ, juge suppléant.

La greffière :

Andreia GRAÇA BOUÇA

La présidente :

Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF), par-devant le Tribunal fédéral (1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière pénale, sous la réserve qui suit.

P/12431/2017

ÉTAT DE FRAIS

AARP/170/2018

COUR DE JUSTICE

Selon les art. 4 et 14 du règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E 4 10.03).

Total des frais de procédure du Tribunal de police : CHF 1'314.00

Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 00.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 240.00

Procès-verbal (let. f) CHF 00.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 800.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 1'115.00

Total général (première instance + appel) : CHF 2'429.00