



POUVOIR JUDICIAIRE

P/14050/2019

AARP/375/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 16 novembre 2020

Entre

A _____, actuellement détenu à l'Etablissement fermé B _____, chemin _____ (GE),
comparant par M^c C _____, avocat, _____, Genève,

appelant,

contre le jugement JTCO/73/2020 rendu le 8 juin 2020 par le Tribunal correctionnel,

et

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

intimé.

Siégeant : Monsieur Pierre BUNGENER, président ; Mesdames Gaëlle VAN HOVE et Catherine GAVIN, juges ; Monsieur Alexandre BIEDERMANN, greffier-juriste.

EN FAIT :

A. a. A_____ appelle en temps utile du jugement du 8 juin 2020 par lequel le Tribunal correctionnel (TCO) l'a reconnu coupable d'infraction grave à loi fédérale sur les stupéfiants (LStup – art. 19 al. 1 et 2) et de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration [LEI]), l'a condamné à une peine privative de liberté de trois ans, sous déduction de 338 jours de détention avant jugement, dont 145 jours en exécution anticipée de peine, a renoncé à révoquer le sursis octroyé le 13 mars 2018 par le Ministère public (MP) du canton de Fribourg tout en ordonnant son expulsion de Suisse pour une durée de huit ans. Le TCO a également prononcé diverses confiscations et restitutions et a mis les frais de la procédure à sa charge.

b.a. Dans sa déclaration d'appel, A_____ a conclu à son acquittement de séjour illégal, tout en contestant la peine prononcée et son expulsion.

En audience d'appel, il ajoute conclure subsidiairement, en cas de déclaration de culpabilité pour le séjour illégal, au prononcé d'une peine pécuniaire pour ce dernier chef.

b.b. Le MP conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

c. Selon l'acte d'accusation du 6 avril 2020, il est encore reproché à A_____ d'avoir, depuis le 25 décembre 2018 jusqu'au 7 juillet 2019, persisté à séjourner à Genève, alors qu'il fait l'objet d'une interdiction d'entrée sur le territoire suisse valable du 14 octobre 2015 au 13 octobre 2025, notifiée le 16 octobre 2017 et d'une mesure de non admission émise par les autorités suisses et valable du 26 octobre 2017 au 26 octobre 2020.

Sa culpabilité pour avoir, entre fin mai et le 7 juillet 2019 à Genève, effectué diverses opérations en lien avec un trafic de cocaïne portant sur 200 grammes bruts d'un taux de pureté de l'ordre de 87.6 % au moins n'est plus litigieuse.

B. Les faits, encore pertinents au stade de l'appel et tels que, pour bonne partie, arrêtés dans le jugement du TCO (art. 82 al. 4 CPP), sont les suivants :

a.a. A_____ a été condamné le 31 octobre 2013 à une peine privative de liberté de trois ans et demi pour infraction grave à la LStup.

Le 26 juillet 2015, il n'est pas rentré d'un congé accordé par l'Etablissement D_____ au sein duquel il exécutait sa peine.

a.b. Il a été arrêté à nouveau à Fribourg le 5 octobre 2017, transféré puis réincarcéré à Genève. La fin d'exécution de sa peine est intervenue le 24 décembre 2018, date à laquelle il a été libéré. Une carte de sortie lui impartissant de quitter la Suisse dans un délai de dix jours, soit au 4 janvier 2019, lui a été remise à cette occasion.

a.c. Le 31 octobre 2016, le Tribunal de l'arrondissement judiciaire de E_____ (Albanie) a, par contumace, condamné A_____ à une peine privative de liberté de 25 ans, notamment pour meurtre.

Contre ce jugement, un appel a été formé par A_____ en date du 26 décembre 2017. La procédure est en cours.

a.d. Auparavant, le Ministère de la justice de la République d'Albanie avait requis son extradition de Suisse le 17 décembre 2013 sur la base d'une accusation d'assassinat.

A_____ s'est opposé à son extradition au motif d'une absence de soupçons suffisants, tout en mettant en avant certaines incohérences dans la requête et la corruption du système judiciaire albanais.

Le 7 août 2014, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a rejeté la demande d'extradition de la République d'Albanie au motif que des doutes étaient apparus sur l'implication de A_____ dans les faits.

a.e. Le 6 décembre 2017, à la suite du jugement rendu par le Tribunal de l'arrondissement judiciaire de E_____, le Ministère de la justice de la République d'Albanie a déposé une nouvelle demande d'extradition de A_____.

A_____ s'est opposé à la requête au motif du caractère non définitif de la décision et de l'absence de soupçons suffisants à son encontre, mettant en avant la procédure par défaut, la violation de dispositions procédurales et le fait que le procès n'avait pas été équitable. Il a requis que soient obtenues de la République d'Albanie des garanties formelles de respect de ses droits fondamentaux et qu'il aurait droit à une nouvelle procédure sauvegardant les droits de la défense.

Le 6 juillet 2018, l'OFJ a rejeté la demande d'extradition de la République d'Albanie au motif que sa demande de garanties telles que sollicitées mot à mot n'avait pas reçu de réponse de la part des autorités albanaises.

b. A la suite d'observations relatives à un trafic de stupéfiants, A_____ a été interpellé à Genève au volant d'un véhicule par la police le 7 juillet 2019, de façon concomitante à F_____, mineur, âgé de 16 ans depuis le _____ 2019, interpellé

dans le logement qu'il occupait. Après avoir constaté que les deux précités se rendaient depuis plusieurs jours au contact de personnes à l'allure de toxicomanes, ils avaient été vus, séparément, entrer puis ressortir d'un parking souterrain situé à l'avenue G_____.

A_____ a été trouvé en possession de 57.7 grammes bruts de cocaïne et CHF 1'265.50. Dans son logement, ont été trouvés un parachute de 0.9 gramme de cocaïne, CHF 1'140.- et EUR 14'610.-.

F_____ était en possession d'une chaussette contenant des parachutes de cocaïne d'un poids brut de 27.6 grammes et d'une clé ouvrant un box sis dans le parking souterrain précité, dans lequel 75.8 grammes de cocaïne ont été trouvés entreposés dans une petite mallette d'environ 20 sur 12cm fermée à clé contenant également deux petites bouteilles avec de la poudre. Du matériel de conditionnement a également été trouvé dans le box.

La drogue saisie avait un taux de pureté allant de 87.6 à 89%, pour les quatre échantillons analysés.

c. F_____ a initialement déclaré à la police être venu à Genève début juin 2019 pour travailler et faire de l'argent pour sauver sa mère malade. Il avait rencontré un inconnu albanais qui l'avait aidé à se loger. Ce même inconnu lui avait demandé par messages téléphoniques d'aller au box, de prendre la drogue déjà confectionnée en boulettes ou d'en conditionner à raison de 0.8 gramme la boulette, ce qu'il n'avait fait qu'une fois, et de les apporter aux consommateurs, soit trois personnes. Il avait ainsi vendu entre 15 et 20 boulettes, gagnant CHF 20.- ou CHF 10.- par boulette. Il laissait le reste de l'argent des ventes dans le box dans lequel, à la demande de l'inconnu, il avait pris les boulettes trouvées dans la chaussette.

Devant la juge des mineurs, il a expliqué qu'un proche en Albanie lui avait donné, s'il était d'accord de travailler dans le trafic de stupéfiants, le numéro de téléphone à Genève de A_____, qu'il ne connaissait pas, lequel pouvait l'aider. Après avoir pris contact en arrivant à Genève, il avait dormi dehors puis chez A_____, puis à nouveau dehors avant de passer quelques nuits dans le box. Le précité lui avait ensuite trouvé un logement dans un appartement occupé par une famille. A_____ lui avait également expliqué qu'il le contacterait par téléphone pour qu'il puisse aller prendre des boulettes de cocaïne dans le box du parking souterrain de l'avenue G_____ et suivre ses instructions pour les livraisons. Il lui indiquait les numéros des bus et les arrêts où il devait descendre. Lui-même n'avait pas procédé à un coupage de la drogue et il ignorait si les autres boulettes l'avaient été. A_____ lui avait demandé de prendre les boulettes trouvées dans la chaussette pour éviter qu'il se rende trop souvent au box. Il possédait une clé du box et une

clé de la mallette. Il était convenu avec A_____ qu'il pouvait garder CHF 20.- ou CHF 10.- par boulette vendue et il remettait le solde dans le box du parking souterrain. Ce n'était pas lui qui déterminait le prix de vente, l'acheteur lui remettant directement l'argent. En tout et pour tout, A_____ lui avait remis une fois CHF 40.- et une fois CHF 20.- pour sa nourriture et les billets de bus.

d. Devant le MP, H_____, épouse de A_____, a fait état de ce qu'elle avait une autorisation de séjour en Allemagne, où elle vivait depuis juin 2015, pour elle et son fils, qui était renouvelée tous les six mois. Elle espérait recevoir prochainement une autorisation définitive. Elle n'avait plus revu A_____ depuis sa sortie de prison à fin 2018. Elle avait prévu de venir le voir durant l'été 2019, devant arriver le 11 juillet, mais il avait été arrêté. L'intention familiale était qu'elle obtienne une autorisation de séjour en Allemagne pour demander ensuite le regroupement familial. A_____ n'était pas venu la rejoindre en Allemagne parce que l'autorisation de séjour définitive ne lui avait pas encore été accordée et lui n'en avait pas. Il n'avait pu la rejoindre car elle n'avait pas le droit de l'héberger chez elle et elle avait peur de ne pas obtenir l'autorisation de séjour. A_____ était recherché en Albanie pour un acte qu'il n'avait pas commis. Toute la famille avait quitté l'Albanie car elle était en danger là-bas. Elle espérait obtenir l'autorisation de séjour définitive début 2021 et procéder ensuite au regroupement familial.

e.a. A_____ a d'abord expliqué à la police être allé dormir en France deux nuits courant mai 2019 et penser avoir le droit d'être en Suisse, son interdiction d'entrée ayant été suspendue. Il a ensuite ajouté avoir été refoulé à chaque douane où il avait essayé de quitter la Suisse, après avoir été libéré fin décembre 2018. Tous les pays où il avait tenté d'entrer l'avaient renvoyé en Suisse.

Il a admis avoir voulu vendre de la cocaïne car il avait besoin d'environ CHF 5.- à CHF 6'000.- pour payer la caution d'un appartement. Il était difficile pour lui de vivre chez des amis ou dans la rue. Il avait acquis 80 grammes de cocaïne. Il en avait confié 30 grammes à F_____ pour qu'il les lui garde. Il l'avait connu par hasard et avait voulu l'aider. Les CHF 1'265.- qu'il avait sur lui étaient l'argent gagné sur les chantiers, tout comme les CHF 1'140.- trouvés dans son logement. Un nommé Eduart, qu'il ne pouvait contacter, lui avait demandé de lui garder les EUR 14'610.- chez lui pour quelques jours. La petite quantité de cocaïne trouvée dans son logement était destinée à faire goûter la drogue. Après avoir tergiversé, il a admis que la cocaïne trouvée dans le box du parking souterrain, où F_____ ne s'était jamais rendu, était la sienne. Il avait acquis 150 grammes de cocaïne en tout. F_____ avait peut-être vendu de la drogue à son insu. Deux mois auparavant, il était allé dormir deux nuits à I_____ en France voisine.

e.b. Devant le MP, A_____ a confirmé ses déclarations. Les euros trouvés chez lui appartenaient à un Albanais qui voulait acheter une voiture en Suisse. Après sa

mise en liberté le 25 décembre 2018, il avait eu un délai de dix jours pour quitter la Suisse, mais était autorisé à circuler dans l'espace Schengen. Il s'était rendu à la frontière en France, en Allemagne et en Belgique, mais on lui avait dit à la frontière qu'il ne pouvait pas quitter la Suisse. Il savait être sous le coup d'une interdiction d'entrée en Suisse. L'Allemagne, où sa femme et son fils avaient déposé une demande d'asile, n'acceptait pas de regroupement familial car il était recherché en Albanie. Il avait pris un avocat en Allemagne à cet effet.

A_____ avait souhaité amener sa famille à Genève depuis l'Allemagne pendant les vacances scolaires. Il voulait louer un appartement avec un loyer mensuel de CHF 2'000.-, mais la caution à verser était de CHF 5'000.- à CHF 6'000.-. Il avait donc été obligé de prendre la drogue pour la vendre afin de payer cette caution. Toute l'histoire consistait à vendre 150 grammes de cocaïne pour la payer et c'était tout. Il n'avait pas vu son fils depuis deux ans. Il avait près de 60 grammes brut de cocaïne avec lui lors de son interpellation parce qu'il voulait trouver un Albanais d'accord de la lui acheter en bloc. Il avait rencontré F_____ dans la rue et lui avait donné CHF 20.-. Ce dernier avait dormi une nuit chez lui, puis dans la rue, avant de lui demander de l'aider. Il avait trouvé un logement pour F_____ depuis une dizaine de jours. Il ne se souvenait pas si c'était depuis le mois de mai. Il pensait que le précité allait se débrouiller et faire des études. Il ne l'avait pas placé dans le trafic, mais aidé car il avait besoin d'argent. Il était arrivé à F_____ de se rendre au contact d'acheteurs lorsque lui-même ne pouvait s'y rendre. Il l'appelait pour lui dire où livrer depuis une ou deux semaines avant leur interpellation. Il lui donnait entre CHF 20.- et CHF 30.- par boulette. Lui-même avait vendu durant une dizaine de jours entre dix et 15 boulettes avec F_____. Il n'avait pas besoin d'être représenté dans le trafic. F_____ devait garder la drogue dans son appartement et la descendre quand il le lui aurait demandé. Ils s'étaient mutuellement entr aidés et il ne l'avait pas forcé. Après que lecture lui en eut été faite, il ne contredisait pas ce qu'avait dit F_____ devant le Tribunal des mineurs, mais c'était toujours lui-même qui avait préparé la drogue sans la mélanger avec un autre produit. Il avait loué le box en mai 2019 pour y placer des meubles. Lui-même avait vendu une vingtaine de boulettes. Il avait reçu la drogue peu après avoir loué le box. Il en ignorait la pureté. Il louait pour lui-même un studio au chemin J_____ depuis fin mai 2019.

Ultérieurement, il a encore précisé qu'il ne connaissait pas le nom de l'Albanais qui lui avait remis un téléphone portable, lequel contenait des numéros de téléphone préenregistrés de toxicomanes. Au début, il avait trouvé quelqu'un qui voulait acheter 100 grammes de cocaïne et il avait trouvé la drogue mais perdu le contact avec l'acheteur. Il avait dû en trouver d'autres et avait préparé 50 boulettes de 0.8 ou 0.9 gramme qu'il avait essayées de vendre. Les francs suisses saisis dans son portemonnaie et dans son appartement provenaient de la vente de drogue. En tout, il avait acquis 200 grammes et ce qui n'avait pas été vendu avait été saisi par la police. S'il n'avait pris que 100 grammes à son fournisseur, lequel lui vendait à

CHF 40.- le gramme, il n'aurait pas fait assez de bénéfice pour louer l'appartement où il voulait être avec sa femme et son fils. Après avoir réuni la caution, il aurait arrêté de vendre la drogue. C'était le seul moyen qu'il avait trouvé et il avait commis une erreur impardonnable. Il n'avait gagné que CHF 3'000.-, dont CHF 2'500.- avaient été saisis. Il avait eu pitié de F_____, raison pour laquelle il l'avait aidé.

e.c Devant les premiers juges, A_____ a confirmé l'essentiel de ses déclarations. En Albanie, les procès se monnaient. Il n'avait plus de contact avec ce pays. Il sous-louait l'appartement qu'il occupait pour CHF 1'100.- par mois depuis mai 2019 et gagnait en moyenne entre CHF 1'800.- et CHF 2'000.- par mois en travaillant au noir. Il n'avait pas d'autre choix que faire du trafic pour obtenir l'appartement souhaité pour accueillir sa famille qui devait venir durant un mois et demi à Genève. Personne n'acceptait de lui louer un appartement pour un mois. Il ne savait pas si F_____ avait été recruté en Albanie. Mineur, il n'avait pas le droit de quitter ce pays sans ses parents. Il avait essayé de l'aider et ce dernier avait pu conserver le bénéfice des boulettes qu'il avait vendues. C'était F_____ qui était demandeur alors qu'au début A_____ lui avait uniquement demandé de surveiller 25 grammes de cocaïne pour que lui-même n'ait pas à se rendre trop souvent au box. Il avait fait deux tentatives de quitter la Suisse, les deux fois en Allemagne, mais avait été refoulé après avoir présenté son passeport et le document des autorités fédérales suisses. On lui avait dit qu'il n'avait pas le droit de se rendre dans un autre pays avec ce document. La seconde fois n'était qu'une tentative. Lorsqu'il avait évoqué la Belgique, c'était en lien avec de faux papiers, cela coûtait trop cher et il avait renoncé. Il n'avait pas réfléchi aux conséquences de ses actes.

e.d. A_____ a notamment versé à la procédure différentes pièces relatives à la procédure en Albanie, soit une déclaration écrite de son conseil dans ce pays indiquant qu'un appel avait été déposé contre le jugement par contumace du 31 octobre 2016, irrégulièrement notifié, l'audience s'étant déroulée en violation des droits de la défense et auquel la force exécutoire avait été accordée de façon contraire à la loi ; un article du journal "_____" intitulé "_____", le rapport annuel 2019 établi par Amnesty International ainsi qu'une requête d'autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité adressée à l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) à Genève, datée du 5 juin 2020. L'article et le rapport annuel précités font état de la réforme du système judiciaire albanais, de ses dysfonctionnements et de son immobilisme du fait de la corruption qui a conduit à ce que de nombreux juges soient écartés de leur charge, le processus de contrôle des juges et magistrats du parquet ayant compromis le fonctionnement du système judiciaire.

C. a. Devant la Chambre pénale d'appel et de révision (CPAR), A_____ précise qu'il a, avec son avocat allemand, prévu de faire une demande de regroupement familial

mais qu'il a été jugé que c'était trop tôt, sa famille n'ayant pas encore obtenu un titre de séjour régulier en Allemagne. Il n'a pas pensé à y déposer une demande d'asile. Son épouse et son fils ont désormais obtenu l'asile en Allemagne et sont dans l'attente de recevoir leurs papiers devant arriver prochainement. Il n'avait pas de document prouvant avoir été refoulé d'Allemagne. En décembre 2018, il avait tenté d'y pénétrer en présentant un document de l'OFJ. On ne l'avait pas laissé entrer car sinon il aurait été emmené pour être renvoyé en Albanie. Il n'avait pas osé montrer son passeport biométrique car il pensait qu'il n'avait pas le droit d'entrer en Allemagne. Il ne se sentait protégé qu'en Suisse. En fait, il avait bien montré son passeport et n'avait pas essayé de passer à nouveau la frontière car il avait peur, croyant être suivi. Par le passé, il avait déjà franchi la frontière allemande illégalement. On lui avait parlé d'une interdiction d'entrée signalée dans l'espace Schengen. Aucune réponse n'avait été apportée par les autorités genevoises à sa demande d'autorisation de séjour. Il avait compris ses erreurs, mais les circonstances l'avaient poussé à les commettre. Il n'avait pas fait cela pour de l'argent. La procédure d'appel en Albanie contre sa condamnation du 31 octobre 2016 était suspendue. De nombreux magistrats avaient été destitués et personne ne s'occupait de son dossier. Etre renvoyé en Albanie serait une catastrophe pour lui. Il sortirait de prison alors qu'il aurait 65 ans, étant accusé de faits qu'il n'avait pas commis.

Les montants trouvés dans le logement occupé par F_____ n'étaient pas liés au trafic. Seul l'argent que A_____ portait sur lui provenait du trafic de drogue, contrairement aux montants trouvés dans l'appartement qu'il occupait. Il avait rencontré le précité par hasard et lorsque ce dernier avait indiqué avoir été recruté en Albanie, ce n'était pas vrai. Il n'avait pas d'autre possibilité pour aider F_____. Il s'était senti obligé de le faire. Son but n'était pas de gagner de l'argent avec lui. Il lui avait donné des instructions pour vendre la drogue mais le mineur pouvait garder le gain des ventes. Les petites bouteilles placées dans la mallette où se trouvait la drogue étaient des médicaments en poudre mais ne servaient pas à couper la drogue. Il regrette amèrement ses actes et présente ses excuses. Il veut recommencer sa vie à zéro.

b. A_____ verse différentes pièces à la procédure, soit la copie d'une attestation de son épouse datée du 9 septembre 2020 adressée à la CPAR indiquant en traduction libre de donner à son époux encore une possibilité et de se montrer patient jusqu'au moment où le regroupement familial interviendra en Allemagne, ce qui n'était pas encore possible, la copie d'un courrier de K_____, avocat à L_____ (Allemagne), daté du 19 octobre 2020, adressé à H_____ et indiquant qu'elle et son époux ne sont pas en mesure de vivre ensemble en Allemagne, son propre séjour n'étant pas encore assuré, et les copies d'une décision de non report d'expulsion judiciaire prise par l'OCPM le 25 juin 2020 ainsi que d'un courrier du 9 juillet 2020 du même office annonçant à A_____ que la décision précitée était nulle et non avenue vu l'appel formé.

c. Pour son conseil, dès lors que A_____ n'a pas quitté la Suisse, il faut se poser la question de savoir si l'interdiction d'entrée a déployé ses effets, un séjour illégal ne pouvant être retenu de ce fait. Il ne pouvait légalement entrer en Allemagne, l'interdiction d'entrée étant inscrite dans le SIS. Le seul pays dans lequel il pouvait entrer légalement était l'Albanie, dans lequel il aurait été emprisonné durant 25 ans. Son comportement relevait ainsi de l'état de nécessité au sens de l'art. 17 du Code pénal suisse (CP), la balance entre la durée maximale d'un an quant aux conséquences d'un séjour illégal et celle de 25 ans d'emprisonnement pour le meurtre pour lequel il avait été condamné à tort penchant largement en sa faveur. Dans n'importe quel pays européen, il aurait été renvoyé en Albanie, l'Allemagne la considérant comme un Etat sûr. Par ailleurs, le statut familial en Allemagne n'était pas encore acquis.

En cas de culpabilité pour séjour illégal, il fallait distinguer le genre de peine. La peine pécuniaire visait la petite ou moyenne délinquance. Elle pouvait frapper même la personne dont l'on pouvait présumer qu'elle ne serait pas en mesure de la payer et ne pouvait être réservée qu'aux riches. La situation économique de A_____ n'était pas bonne, mais il travaillait en prison et était prêt à payer une peine pécuniaire. Quant à l'infraction à la LStup, la peine privative de liberté prononcée par le TCO était disproportionnée. La quantité de drogue trafiquée n'était pas très importante et son degré élevé de pureté ne devait pas être pris en compte en l'absence d'intention, A_____ l'ignorant dès lors qu'il lui avait simplement été rapporté "*qu'elle était bonne*". La dangerosité de la cocaïne était relative, moins de 10% des consommateurs développant une dépendance sévère. Si A_____ était un trafiquant indépendant, rien n'indiquait qu'il était un semi grossiste. Le TCO lui avait reproché d'être à l'origine du recrutement d'un mineur, mais F_____ lui avait demandé de l'aider sans lui réclamer de l'argent, l'alternative étant de le laisser dans la rue. Il n'y avait pas d'élément objectif soutenant l'appréciation du TCO, les déclarations du mineur important peu. Le trafic avait été local, il n'y avait pas eu plus de six ou sept clients, la période pénale n'ayant porté que sur un peu plus d'un mois pour 45 boulettes vendues. Les euros saisis ne provenaient pas du trafic. Le but de A_____ avait été de faire venir sa famille et son mobile ne pouvait être réduit au seul appât du gain. La collaboration avait été bonne et il s'était auto-incriminé. Son comportement en prison était bon et il avait exprimé des regrets. La récidive intervenue ne pouvait justifier une aggravation excessive de la peine. Sa situation personnelle avait été chamboulée en mal par l'accusation de meurtre.

Prononcer l'expulsion mettrait A_____ dans une situation personnelle grave en violation du principe de proportionnalité. Une décision de renvoi pouvait soulever la question de l'application des art. 3, 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). C'est à tort qu'il avait été considéré que seule l'autorité d'exécution avait à porter l'appréciation sur le caractère effectif de l'expulsion. L'autorité de jugement devait également apprécier les règles applicables. L'OCPM n'allait procéder à aucun examen mais renvoyer directement A_____. L'Albanie ne

fait pas partie des Etats dans lesquels il pouvait être présumé que la CEDH était respectée, comme le soulignait la documentation versée à la procédure. L'appel intervenu remontait à trois ans, sans que rien n'eût bougé depuis. Il n'y aurait pas de procès équitable en Albanie, mais un procès aux enchères. Dans la pesée à effectuer, l'intérêt public lié à une mise en danger de consommateurs pour une faible quantité de drogue qui ne changeait rien à l'état du marché était faible alors que l'intérêt de l'appelant face à une peine d'emprisonnement de 25 ans pour un crime non commis, sans autre possibilité de réinsertion, était prépondérant. Dans ce dossier, il existait un déséquilibre entre la peine à prononcer et l'atteinte résultant de la mesure. Le but n'était pas de détruire A_____. L'art. 8 CEDH devait être pris en compte.

d. Pour le MP, A_____ avait l'obligation de quitter la Suisse, ce qu'il n'avait pas fait en ne voulant pas passer la frontière car il avait peur d'être renvoyé en Albanie. Le séjour illégal était donc avéré. La quantité de drogue trafiquée était importante, dont 45 grammes avaient été vendus sur deux mois. Le taux de pureté était inhabituel et A_____ le savait car on le lui avait dit. Les médicaments en poudre dans la boîte contenant la cocaïne étaient destinés à la couper car leur place aurait été dans le logement de A_____, s'il s'était véritablement agi de produits de soins. A_____ avait bien l'intention d'agir comme semi grossiste, même s'il avait aussi agi comme revendeur. C'était sur F_____ que des boulettes avaient été saisies, alors que A_____ était, lui-même, porteur d'une grande quantité. Ce dernier n'avait pas eu pitié de F_____ car sinon il ne l'aurait pas impliqué dans un trafic. Il en avait profité. A_____ n'était pas consommateur mais était bien organisé. Il ne conservait pas de drogue chez lui, avait loué spécialement un box et demandé à F_____ de conserver la drogue et d'en faire la gestion dans le box. Il avait ainsi un rôle décisif et avait organisé le trafic, lequel n'avait été stoppé que grâce à l'intervention de la police. Le but était bien de faire de l'argent et le motif d'accueil de sa famille était une fable. A_____ se moquait du système judiciaire suisse car il s'y sentait protégé. Ses antécédents étaient mauvais et il s'était diversifié en passant du trafic d'héroïne à celui de cocaïne. Il avait recommencé à peine quelques mois après être sorti de prison alors qu'il aurait pu travailler, selon ses propres allégués. Il y avait concours d'infractions et une mauvaise collaboration, dès lors qu'aucune information n'avait été donnée sur le fournisseur et qu'il avait cherché initialement à ce qu'aucun lien ne soit établi avec F_____. Il n'y avait qu'une faible prise de conscience et le risque de récidive était important, la peine prononcée en première instance étant juste.

L'expulsion devait être confirmée. Elle devait s'apprécier selon les critères d'intégration en Suisse en regard de la possibilité pour l'expulsé de s'insérer dans son pays. Or, A_____ n'avait ni passé ni avenir en Suisse et était sous le coup d'une interdiction d'entrée. Sa femme avait obtenu l'asile en Allemagne et la situation personnelle de A_____ en était modifiée. Les conditions à l'application de la clause de rigueur étaient cumulatives. Si A_____ pouvait avoir un intérêt à rester en Suisse, il y avait un intérêt public supérieur à le renvoyer, la jurisprudence considérant que le trafic de stupéfiants mettait gravement en péril l'ordre juridique

suisse. Le jugement albanais n'était pas définitif, l'appel étant en cours. Une demande de regroupement familial était également possible en Allemagne. Il fallait donc confirmer l'expulsion, la situation étant susceptible d'évoluer et l'OCPM pouvant évaluer la question de son exécution.

- D. A_____, âgé de 36 ans, est de nationalité albanaise, marié et père d'un fils de 14 ans. Presque toute sa famille, sauf un frère à Genève qui est sous délai de départ renouvelé par quinzaine, est installée en Allemagne où sa femme et son fils ont obtenu l'asile. Il a effectué sa scolarité en Albanie et a exercé divers emplois manuels dans son pays, en Grèce, en Italie et en Allemagne de même qu'en Suisse, au noir. En prison, il travaille à l'atelier de menuiserie. Il souhaite retrouver du travail à l'avenir et vivre auprès de sa famille. Il n'envisage pas d'être renvoyé en Albanie.

A teneur du casier judiciaire suisse, A_____ a été condamné :

- le 31 octobre 2013, par le TCO, à une peine privative de liberté de trois ans et six mois, pour infraction grave à la LStup ;
- le 13 mars 2018, par le MP du canton de Fribourg, à une peine pécuniaire de 15 jours-amende à CHF 30.- l'unité, avec sursis et délai d'épreuve de trois ans, pour faux dans les certificats et séjour illégal.

Comme indiqué *supra*, il a également été condamné par contumace, conjointement avec son frère M_____, par le Tribunal de l'arrondissement judiciaire de E_____ (Albanie) le 31 octobre 2016, à une peine de 25 ans d'emprisonnement, pour meurtre avec préméditation, commis en coopération et production et port non autorisé d'armes de guerre et de munition, jugement qui fait l'objet d'un appel.

- E. M^e C_____, défenseur d'office de A_____, dépose un état de frais pour la procédure d'appel, facturant, sous des libellés divers, 12 heures et 30 minutes d'activité de chef d'étude (visites à la prison de N_____, étude du dossier et préparation de la plaidoirie), hors débats d'appel, lesquels ont duré deux heures et 40 minutes.

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 [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).

2. **2.1.** 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 de la

Constitution fédérale de la Confédération suisse et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large (ATF 127 I 28 consid. 2a p. 40 s. ; ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.2).

En tant que règle sur le fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie, au stade du jugement, que ce fardeau incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. Le principe 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. En revanche, l'absence de doute à l'issue de l'appréciation des preuves exclut la violation de la présomption d'innocence en tant que règle sur le fardeau de la preuve (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3). Lorsque l'accusé refuse sans raison plausible de fournir des explications rendues nécessaires par des preuves à charge, son silence peut permettre, sans violation de ce principe et par un raisonnement de bon sens conduit dans le cadre de l'appréciation des preuves, de conclure qu'il n'existe pas d'explication à décharge et que l'accusé est coupable (arrêts du Tribunal fédéral 6B_47/2018 du 20 septembre 2018 consid. 1.1 ; 6B_748/2009 du 2 novembre 2009 consid. 2.1).

Comme règle d'appréciation des preuves, la présomption d'innocence signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.1).

L'autorité de jugement dispose d'un large pouvoir dans l'appréciation des preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 4b p. 40), en application duquel, selon l'art. 10 al. 2 CPP, le juge donne aux moyens de preuve produits tout au long de la procédure la valeur qu'il estime devoir leur attacher pour se forger une intime conviction sur la réalité d'un fait (arrêt du Tribunal fédéral 6B_348/2012 du 24 octobre 2012 consid. 1.3).

Confronté à des versions contradictoires, le juge forge sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son ensemble et l'état de fait déduit du rapprochement de divers éléments ou indices. Un ou plusieurs arguments corroboratifs peuvent demeurer fragiles si la solution retenue peut être justifiée de façon soutenable par un ou plusieurs arguments de nature à emporter la conviction (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_324/2017 du 8 mars 2018 consid. 1.1 ; 6B_1183/2016 du 24 août 2017 consid. 1.1 ; 6B_445/2016 du 5 juillet 2017 consid. 5.1).

2.2. En l'espèce la CPAR considère comme établi que A_____, contrairement à ses allégués, n'a pas été refoulé à la frontière allemande et qu'il n'a en réalité pas quitté la Suisse depuis la fin décembre 2018. Il s'est en effet contredit sur ce point à plusieurs reprises. Il a d'abord indiqué à la police être allé dormir deux jours en France et penser que son interdiction de séjour en Suisse était suspendue avant d'ajouter qu'il avait été refoulé de tous les pays à la frontière desquels il s'était présenté. Devant le MP, il a précisé qu'il s'agissait de l'Allemagne, de la France et de la Belgique. En première instance, il a expliqué qu'il ne s'agissait que de l'Allemagne, à deux reprises, la seconde n'étant qu'une tentative. Devant la CPAR, il a précisé n'avoir aucune preuve de son refoulement. Il a d'abord indiqué ne pas avoir osé présenter son passeport biométrique à la frontière allemande, mais uniquement un document de l'OFJ, tout en précisant qu'il ne se sentait protégé qu'en Suisse. Il s'est ensuite ravisé pour alléguer avoir bien présenté son passeport.

On ne s'explique pas la teneur des différentes versions présentées successivement sinon par le fait qu'elles ne correspondent pas à la réalité que A_____ a ainsi cherché à travestir. H_____, son épouse, a pour sa part indiqué devant le MP que A_____ ne l'avait pas rejointe en Allemagne car elle n'avait pas le droit de l'héberger et avait peur de ne pas obtenir de permis alors que son mari avait également peur d'INTERPOL s'il venait en Allemagne. Ces indications contredisent ainsi la version des faits selon laquelle A_____ aurait cherché à gagner l'Allemagne. Il sera également relevé que le principe des frontières intérieures de l'espace Schengen est qu'il n'y a pas de contrôle alors qu'un refoulement doit faire l'objet d'une décision remise à l'intéressé contre laquelle il peut faire recours. Or, A_____ a indiqué n'avoir aucune preuve de son refoulement, ce qui rend encore moins crédible ses allégués d'avoir cherché à gagner l'Allemagne.

Quant au trafic de cocaïne, la CPAR considère qu'il ressort du dossier que ce n'est pas par bonté d'âme, contrairement à ce qu'il allègue, que A_____ a impliqué F_____ dans le trafic. Leur rencontre n'est pas née du hasard. Cela ressort clairement des circonstances de leur collaboration et du rapport hiérarchique établi. Selon les déclarations de F_____ devant la juge des mineurs, dont il n'y a pas lieu de douter dès lors que le mineur n'avait aucun intérêt à mentir sur ce point, il a été recruté pour un trafic de stupéfiants en Albanie déjà, le numéro de téléphone de A_____ lui ayant été remis en cette occasion. Lecture des déclarations de F_____ a été faite devant A_____ lui-même lequel a alors déclaré qu'il ne les contredisait pas sauf sur le point que c'était toujours lui qui avait préparé la drogue. L'organisation même du trafic, les instructions données par A_____ concernant la surveillance de la drogue et des déplacements à faire pour se rendre au contact des toxicomanes ne laissent pas de doute sur le fait qu'il s'était adjoint un ouvrier pour l'appuyer et se mettre lui-même en retrait, ce qui n'exclut pas qu'il a pu procéder lui-même à certaines ventes dans un premier temps. Le soin qu'il a mis à trouver un logement pour F_____ va dans le même sens. La CPAR ne retient pas non plus que la mise sur pied du trafic était motivée par la visite de son épouse et de son fils

durant quelques semaines et que cela nécessitait qu'il réunisse une caution de quelque CHF 6'000.-, sans compter le loyer à payer, outre tous les autres frais, dont la subsistance, ce que ne lui aurait pas permis les ventes de cocaïne telles qu'il les a décrites au vu des montants saisis. En outre, selon les indications de son épouse, celle-ci devait arriver le 11 juillet 2019 alors que la plus grande partie de la drogue n'était pas vendue, ce qui n'aurait pas permis d'atteindre le but recherché. D'autre part, A_____ était manifestement en mesure d'accueillir sa femme et son fils dans son propre logement. La CPAR retient donc que c'est par pur appât du gain que A_____ s'est livré au trafic de cocaïne, étant relevé que la présence de médicaments en poudre dans la petite mallette où était contenue la drogue laisse entendre que celle-ci pouvait être coupée, ce que confirme son taux de pureté très élevé, le rangement de médicaments en poudre destinés à des soins à côté de la drogue étant totalement incongru. Ce qui précède démontre également que A_____ avait une certaine connaissance de la pureté de la drogue et de la possibilité de la couper.

3. **3.1.1.** À teneur de l'art. 115 al. 1 LEI (anciennement loi sur les étrangers [LEtr], étant précisé que la teneur des dispositions citées ci-après n'a pas été modifiée), sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, quiconque contrevient aux dispositions sur l'entrée en Suisse prévues à l'art. 5 LEI (let. a), y séjourne illégalement (let. b), exerce une activité lucrative sans autorisation (let. c) ou entre en Suisse ou quitte la Suisse sans passer par un poste frontière autorisé (let. d).

3.1.2. Indépendamment de toute autorisation, les étrangers sans activité lucrative peuvent séjourner en Suisse pendant trois mois (art. 10 LEI). Si l'étranger doit avoir un visa (art. 5 al. 1 let. a LEI), c'est la durée fixée dans le visa qui sera déterminante (art. 10 al. 1 *in fine* LEI). Comme le précise l'art. 9 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), le séjour ne doit pas excéder trois mois "*sur une période de six mois à partir de l'entrée en Suisse*". Le séjour doit être interrompu après trois mois ; selon la pratique des autorités fédérales, une interruption n'est admise que si l'étranger séjourne au moins un mois à l'étranger. Plusieurs séjours sur une période de six mois sont possibles, pour autant que la durée maximale de la présence en Suisse ne dépasse pas trois mois (ATF 143 IV 97 et arrêts du Tribunal fédéral 6B_126/2016 du 18 janvier 2017 consid. 1.2.1 ; 6B_839/2015 du 26 août 2016 consid. 4.1).

3.1.3. Selon l'art. 10 al. 2 LEI, l'étranger qui prévoit un séjour plus long sans activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation. Il doit la solliciter avant son entrée en Suisse auprès de l'autorité compétente du lieu de résidence envisagé. L'art. 17 al. 2 LEI est réservé.

3.1.4. L'interdiction d'entrée au sens du droit des étrangers (art. 67 LEI) vise à empêcher l'entrée ou le retour en Suisse d'un étranger dont le séjour en Suisse est indésirable. Les effets d'une interdiction d'entrée en Suisse ne se déploient qu'à partir du moment où l'étranger se trouve en dehors du territoire suisse (arrêt du Tribunal fédéral 6B_173/2013 du 19 août 2013, consid. 2.3 et les références citées).

3.1.5. Le CP distingue l'état de nécessité licite (art. 17 CP) de l'état de nécessité excusable (art. 18 CP). L'auteur qui se trouve en état de nécessité licite sauvegarde un bien d'une valeur supérieure au bien lésé et agit de manière licite. En cas d'état de nécessité excusable, les biens en conflit sont de valeur égale ; l'acte reste illicite, mais la faute de l'auteur est exclue ou, à tout le moins, atténuée. Que l'état de nécessité soit licite ou excusable, l'auteur doit commettre l'acte punissable pour se préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement. La subsidiarité est absolue. Elle constitue une condition à laquelle aucune exception ne peut être faite (arrêt du Tribunal fédéral 6B_713/2018 du 21 novembre 2018 consid. 3.1 et les références citées).

3.2. En l'espèce, il est établi que A_____ n'a pas quitté la Suisse suite à la fin de sa détention à fin décembre 2018. Conformément à la jurisprudence précitée, dès lors qu'il n'a pas quitté la Suisse, une condamnation pour séjour illégal ne peut reposer sur l'interdiction d'entrée qui lui a été signifiée.

En revanche, en tant que titulaire d'un passeport biométrique albanais valable et ne requérant pas de visa (Secrétariat d'Etat aux migrations, Directives et circulaires VII. Visas Documents de voyage et de visas selon la nationalité (Annexe CH-1, liste 1), en admettant que sa dernière période de détention ne soit pas comptée, A_____ était tout au plus, après sa mise en liberté, au bénéfice d'un droit de séjour de 90 jours au terme duquel il ne pouvait séjourner légalement en Suisse sans être au bénéfice d'une autorisation. Il n'a effectué aucune démarche en ce sens, préférant rester dans la clandestinité. Bien que détenteur de son passeport biométrique, il ne ressort pas non plus du dossier qu'il a cherché à gagner à l'étranger quelque Etat que ce soit et à quitter la Suisse, que ce soit par la voie terrestre ou aérienne, cette dernière lui étant ouverte à l'intérieur de l'espace Schengen, sans contrôle de frontière.

Cela étant, le dossier ne démontre aucunement que A_____ n'aurait pas pu bénéficier dans les pays européens voisins de la Suisse, voire dans certains plus éloignés, des mêmes droits que ceux dont il se réclame devant la CPAR. Ainsi, il n'y a pas lieu de considérer qu'il se trouvait dans un état de nécessité licite justifiant son séjour illégal en Suisse.

Dans ces circonstances, A_____ s'est à tout le moins rendu coupable de séjour illégal au terme des 90 jours suivant sa libération et ce à compter du 27 mars 2019 jusqu'au 7 juillet 2019.

Le jugement sera ainsi confirmé dans la mesure de ce qui précède, seule la durée de la période pénale étant modifiée, l'appel étant très partiellement admis sous cet angle.

4. **4.1.1.** 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 ; 141 IV 61 consid. 6.1.1). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge (ATF 144 IV 313 consid. 1.2).

4.1.2. En matière de trafic de stupéfiants, il y a lieu de tenir compte, plus spécialement, des circonstances suivantes (cf. arrêts du Tribunal fédéral 6B_408/2008 du 14 juillet 2008 consid. 4.2 et 6B_297/2008 du 19 juin 2008 consid. 5.1.2 rendus sous l'ancien droit mais qui restent applicable au nouveau) : même si la quantité de la drogue ne joue pas un rôle prépondérant, elle constitue sans conteste un élément important. Le type de drogue et sa pureté doivent aussi être pris en considération. Si l'auteur sait que la drogue est particulièrement pure, sa culpabilité sera plus grande ; en revanche, sa culpabilité sera moindre s'il sait que la drogue est diluée plus que normalement (ATF 122 IV 299 consid. 2c p. 301 ; 121 IV 193 consid. 2b/aa p. 196). Le type et la nature du trafic en cause sont aussi déterminants. L'appréciation est différente selon que l'auteur a agi de manière autonome ou comme membre d'une organisation. Dans ce dernier cas, il importera de déterminer la nature de sa participation et sa position au sein de l'organisation: un simple passeur sera ainsi moins coupable que celui qui joue un rôle décisif dans la

mise sur pied des opérations et qui participe de manière importante au bénéfice illicite (ATF 121 IV 202 consid. 2d/cc p. 206). Un trafic purement local sera en règle générale considéré comme moins grave qu'un trafic international. Le délinquant qui traverse les frontières (qui sont surveillées) doit en effet déployer une énergie criminelle plus grande que celui qui transporte des drogues à l'intérieur du pays et qui limite son risque à une arrestation fortuite lors d'un contrôle. L'importation en Suisse de drogues a des répercussions plus graves que le seul transport à l'intérieur des frontières. Enfin, le nombre d'opérations constitue un indice pour mesurer l'intensité du comportement délictueux ; celui qui écoule une fois un kilo d'héroïne sera en principe moins sévèrement puni que celui qui vend cent grammes à dix reprises.

4.1.3. Aux termes de 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 ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine.

L'exigence, pour appliquer l'art. 49 al. 1 CP, que les peines soient de même genre, implique que le juge examine, pour chaque infraction commise, la nature de la peine à prononcer pour chacune d'elle. Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation contenu à l'art. 49 CP n'est ensuite possible que si le juge choisit, dans le cas concret, le même genre de peine pour sanctionner chaque infraction commise. Que les dispositions pénales applicables prévoient abstraitement des peines de même genre ne suffit pas. Si les sanctions envisagées concrètement ne sont pas du même genre, elles doivent être prononcées cumulativement. La peine privative de liberté et la peine pécuniaire ne sont pas des sanctions du même genre (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1 p. 316).

4.2. En l'espèce, la faute de A_____ est lourde. A peine quelques mois après être sorti de prison pour trafic de stupéfiants, il a mis sur pied un trafic de cocaïne portant sur une quantité importante et d'un taux de pureté élevé, ce qu'il n'ignorait pas. Il a eu un rôle décisif et a organisé méthodiquement son trafic en louant un box dans un parking souterrain pour stocker la drogue. Il a fait appel à un mineur à peine âgé de 16 ans, recruté en Albanie, pour l'épauler dans ce trafic et lui a confié les tâches les plus exposées de son activité criminelle. Il l'a ainsi confronté dès son plus jeune âge au milieu de la criminalité. De multiples ventes de drogue sont intervenues. A_____ avait également accepté un rôle de semi grossiste en prévoyant de vendre par quantité de 60 grammes à un Albanais ou 100 grammes à un tiers, ce qui n'a pu se faire selon ce qu'il a expliqué. Ce trafic, local, mais avec recours à une main-d'œuvre venue de l'étranger, a couru sur environ deux mois et n'a été interrompu que par l'intervention de la police.

Il a agi avec une grande détermination, l'organisation de son trafic le démontrant, notamment du fait qu'il n'a pas hésité à recourir aux services d'un jeune mineur. Sa situation personnelle, certes compliquée du fait de sa condamnation en Albanie, n'explique aucunement qu'il se soit livré au trafic de drogue. Ainsi qu'il l'a indiqué, il pouvait travailler au noir et ne se trouvait pas dans une situation particulièrement difficile pour subvenir à ses besoins.

Parallèlement, A_____ n'a eu aucun égard envers l'injonction de quitter la Suisse, préférant au contraire prolonger sa situation illégale en Suisse en la mettant à profit pour mener une activité criminelle.

Sa collaboration a été médiocre. S'il a certes reconnu la quantité acquise de 200 grammes de cocaïne pour la revendre, c'est après moult tergiversations visant à ce qu'il soit considéré que le trafic portait sur une quantité inférieure. Il n'a eu cesse de minimiser son rôle expliquant, d'une part, avoir été guidé par la charité en venant en aide à F_____ et, d'autre part, que les seuls motifs à son activité criminelle résidaient dans le besoin de voir son épouse et son fils. Il a également limité l'enquête en ne donnant aucune indication précise ni sur son fournisseur ni sur la personne lui ayant remis un téléphone portable contenant les numéros de téléphone préenregistrés de toxicomanes à Genève.

A la lumière de cette collaboration, il apparaît que sa prise de conscience de ses actes est très ténue, d'autant plus qu'il s'est agi d'une récidive spécifique à la LStup à peine quelques mois après sa sortie de prison et qu'il a également un antécédent récent pour infraction à la LEI.

Ces circonstances conduisent au prononcé d'une peine sévère. Compte tenu des antécédents de l'appelant et du pronostic défavorable à émettre sur son comportement futur, des peines privatives de liberté doivent être prononcées pour les deux infractions qui entrent en concours. L'infraction à la LStup, dans les circonstances où elle a été commise, conduirait la CPAR à prononcer une peine privative de liberté de 32 mois. S'y ajouterait une peine privative de liberté de quatre mois (peine hypothétique de six mois pour la récidive d'infraction à la LEI), de sorte que la peine privative de liberté de trois ans sera confirmée.

L'appel est ainsi rejeté sur ce point et le jugement sera confirmé.

- 5. 5.1.1.** Conformément à l'art. 66a al. 1 let. o CP, le juge expulse de Suisse, pour une durée de cinq à quinze ans, l'étranger qui est condamné pour infraction à l'art. 19 al. 2 LStup, quelle que soit la quotité de la peine prononcée.

Au sens de l'al. 2 de la disposition, le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave

et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. À cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse. L'art. 66a al. 2 CP définit une "*Kannvorschrift*", en ce sens que le juge n'a pas l'obligation de renoncer à l'expulsion, mais peut le faire si les conditions fixées par cette disposition sont remplies. Ces conditions sont cumulatives et s'interprètent de manière restrictive. Afin de pouvoir renoncer à une expulsion prévue par l'art. 66a al. 1 CP, il faut donc que cette mesure mette l'étranger dans une situation personnelle grave et que l'intérêt public soit de peu d'importance, c'est-à-dire que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. Le fait que la clause de rigueur soit une norme potestative ne signifie pas que le juge pénal pourrait librement décider d'appliquer ou non l'exception de l'art. 66a al. 2 CP. Le juge doit faire usage du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par une norme potestative dans le respect des principes constitutionnels. S'il devait refuser de renoncer à l'expulsion alors que les conditions de la clause de rigueur sont remplies, le principe de proportionnalité ancré à l'art. 5 al. 2 Cst. serait violé. Le juge doit ainsi renoncer à l'expulsion lorsque les conditions de l'art. 66a al. 2 CP sont réunies, conformément au principe de proportionnalité (ATF 146 IV 105 consid. 3.4.2 p. 108; 144 IV 332 consid. 3.3).

La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par une "*situation personnelle grave*" (première condition cumulative) ni n'indique les critères à prendre en compte dans la pesée des intérêts (seconde condition cumulative). En recourant à la notion de cas de rigueur dans le cadre de l'art. 66a al. 2 CP, le législateur a fait usage d'un concept ancré depuis longtemps dans le droit des étrangers. Compte tenu également du lien étroit entre l'expulsion pénale et les mesures du droit des étrangers, il est justifié de s'inspirer, de manière générale, des critères prévus par l'art. 31 al. 1 OASA et de la jurisprudence y relative. L'art. 31 al. 1 OASA prévoit qu'une autorisation de séjour peut être octroyée dans les cas individuels d'extrême gravité. Elle commande de tenir compte notamment de l'intégration du requérant, du respect de l'ordre juridique suisse par le requérant, de la situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants, de la situation financière ainsi que de la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation, de la durée de la présence en Suisse, de l'état de santé ainsi que des possibilités de réintégration dans l'État de provenance. Comme la liste de l'art. 31 al. 1 OASA n'est pas exhaustive et que l'expulsion relève du droit pénal, le juge devra également, dans l'examen du cas de rigueur, tenir compte des perspectives de réinsertion sociale du condamné (ATF 144 IV 332 consid. 3.3.1 et 3.3.2).

En règle générale, il convient d'admettre l'existence d'un cas de rigueur au sens de l'art. 66a al. 2 CP lorsque l'expulsion constituerait, pour l'intéressé, une ingérence d'une certaine importance dans son droit au respect de sa vie privée et familiale

garanti par la Constitution fédérale (art. 13 Cst.) et par le droit international, en particulier l'art. 8 CEDH (arrêt du Tribunal fédéral 6B_255/2020 du 6 mai 2020 consid. 1.2.1 et références citées). Pour se prévaloir d'un droit au respect de sa vie privée, l'étranger doit établir l'existence de liens sociaux et professionnels spécialement intenses avec la Suisse, notablement supérieurs à ceux qui résultent d'une intégration ordinaire. Une pesée des intérêts en présence, en considérant la durée du séjour en Suisse comme un élément parmi d'autres et en n'accordant qu'un faible poids aux années passées en Suisse dans l'illégalité, en prison ou au bénéfice d'une simple tolérance, doit être préférée à une approche schématique qui consisterait à présumer, à partir d'une certaine durée de séjour en Suisse, que l'étranger y est enraciné et dispose de ce fait d'un droit de présence dans notre pays (ATF 134 II 10 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_153/2020 du 28 avril 2020 consid. 1.3.2). La reconnaissance d'un cas de rigueur ne se résume pas non plus à la simple constatation des potentielles conditions de vie dans le pays d'origine ou du moins la comparaison entre les conditions de vie en Suisse et dans le pays d'origine, mais aussi à la prise en considération des éléments de la culpabilité ou de l'acte (M. BUSSLINGER / P. UEBERSAX, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, cahier spécial, Plaidoyer 5/2016, p. 101 ; G. FIOLKA / L. VETTERLI, *Die Landesverweisung in Art. 66a ff StGB als strafrechtliche Sanktion*, cahier spécial, Plaidoyer 5/2016, p. 87 ; AARP/185/2017 du 2 juin 2017 consid. 2.2).

5.1.2. Selon l'art. 3 CEDH, nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'art. 5 CEDH dispose en outre que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté et que nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas où, selon les voies légales il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent (let. a) ou s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi (let. b).

La Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) a déjà admis qu'une expulsion par un état contractant peut soulever un problème au regard de l'art. 3 CEDH, et donc engager la responsabilité de l'état en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'art. 3. De même, elle a évoqué qu'une violation de l'art. 5 CEDH pouvait se présenter dans le cas où un requérant déjà déclaré coupable dans un Etat tiers à l'issue d'un procès manifestement inéquitable devait y être extradé pour y purger une peine de prison. Si, en pareil cas, il n'y avait pas de possibilité de rouvrir la procédure pénale à son retour, il ne pourrait pas invoquer l'art. 6 CEDH relatif au droit à un procès équitable et selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, car il ne risquerait pas de

subir un nouveau déni de justice flagrant. Il serait alors déraisonnable de lui interdire d'invoquer l'art. 5 pour ne pas être extradé. La Cour a également admis qu'une violation de l'art. 6 CEDH pouvait résulter d'une expulsion dans un pays où les garanties d'un procès équitable ne seraient pas données (sur ces différents éléments voir AFFAIRE O_____ (_____) c. Royaume-Uni Requête no 1_____/09 citée par la défense).

La CourEDH estime que, compte tenu des ravages de la drogue dans la population, les autorités sont fondées à faire preuve d'une grande fermeté à l'encontre de ceux qui contribuent à la propagation de ce fléau (cf. arrêts CourEDH K.M. c. Suisse du 2 juin 2015 [requête no 6009/10] § 55 ; Dalia c. France du 19 février 1998, Recueil CourEDH 1998-I 76 § 54), ce qui rend les intérêts présidant à l'expulsion de l'intéressé importants (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1329/2018 du 14 février 2019 consid. 2.4.2).

5.1.3. Tout comme dans le cas de l'expulsion et du renvoi ou du retrait du permis de séjour actuel en vertu du droit des étrangers (cf. ATF 135 II 110 E. 4.2 p. 119), la mise en balance des intérêts couvre cependant tous les aspects essentiels, y compris le caractère raisonnable du retour dans le pays d'origine. En matière de droit des étrangers, l'autorité cantonale qui décide de la révocation de l'autorisation de séjour ou d'établissement d'un réfugié reconnu doit également examiner les exigences du droit d'asile (ATF 139 II 65 E. 5.1 p. 72 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_108/2018 du 28 septembre 2018 E. 3.1). Cela s'applique également par analogie aux tribunaux pénaux lorsqu'ils ordonnent l'expulsion d'un pays (arrêt du Tribunal fédéral 6B_747/2019 du 24 juin 2020 consid. 2.1.2 et les références citées).

L'autorité de jugement ne doit pas simplement renvoyer la question à l'autorité d'exécution, compétente pour reporter l'expulsion lorsque le principe de non-refoulement ou d'autres règles impératives du droit international s'opposent à l'expulsion (art. 66d CP). Il faut cependant prendre en considération que, conformément à l'art. 66c al. 2 CP, la peine ou partie de peine ferme ou la mesure privative de liberté doit être exécutée avant l'expulsion. Lorsque la privation de liberté à exécuter est d'une certaine durée, il peut donc s'écouler un temps relativement important entre le prononcé d'expulsion et son exécution, pendant lequel les circonstances sont susceptibles d'évoluer. Ainsi, en présence d'un problème de santé, il faut évaluer si l'état de santé actuel de l'intéressé est susceptible de constituer un obstacle à son renvoi dans son pays d'origine. Si cet état est stable, en ce sens que selon toute vraisemblance, il ne s'améliorera pas, le juge renoncera à l'expulsion si celle-ci est disproportionnée au sens des art. 66a al. 2 CP et/ou 8 par. 2 CEDH. En revanche, s'il constate que le problème de santé en question est curable ou suffisamment maîtrisé médicalement, il pourra conclure que l'expulsion n'apparaît pas disproportionnée pour ce motif (ATF 145 IV 455 consid. 9.4 et les références citées).

5.2.1. En l'espèce, la CPAR retient que les éléments au dossier ne sont pas suffisants pour qu'elle se détermine sur la question d'une violation du droit à un procès équitable et, partant, sur une éventuelle violation des art. 3 ou 5 CEDH. En effet, seul l'appelant, et non d'autres parties concernées, s'est exprimé sur ces questions, tout en ne versant qu'un nombre limité de pièces à la procédure.

Il ressort toutefois de ces dernières que certains doutes peuvent être émis sur la régularité du procès de première instance qui a débouché sur le jugement du 31 octobre 2016 du Tribunal de l'arrondissement judiciaire de E_____ (Albanie).

En témoigne, notamment, les deux refus d'extradition prononcés par l'OFJ, notamment le premier motivé sur des doutes concernant l'implication de A_____ dans les faits reprochés. Il peut être relevé que l'OFJ semble avoir envisagé d'accorder l'extradition à l'Albanie si elle avait fourni les garanties exigées, ce qu'elle n'a pas fait. Il n'est pas exclu que l'Albanie puisse les fournir dans un avenir plus ou moins proche et que la question se pose différemment.

5.2.2. Cela étant, la CPAR relève qu'au vu des actes commis par l'appelant, l'expulsion est obligatoire et que seule se pose concrètement la question de la proportionnalité d'une mesure d'expulsion, fonction de la balance à considérer entre l'intérêt privé de l'appelant à son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH et l'intérêt public à son expulsion. Les relations qu'entretient A_____ avec la Suisse sont quasiment inexistantes. Il y a vécu la plupart du temps en détention durant des années et dans la clandestinité quelques mois. Il est sous interdiction d'entrée et ne dispose pas d'un droit au séjour. Il n'est pas intégré en Suisse où il ne dispose pas de relations notables, à l'exception de son frère qui est lui-même sous délai de départ renouvelé tous les 15 jours. Aucun projet d'avenir n'existe en rapport avec la Suisse. A_____ a, par ailleurs, vécu la majorité de son existence en Albanie. Toute la famille proche de l'appelant réside en Allemagne, pays où il souhaite la rejoindre, ce qui semble possible dans la mesure où une requête de regroupement familial est projetée dès que des autorisations de longue durée de séjour auront été octroyées à son épouse et à son fils, ce qui, de la bouche de l'appelant, est pour bientôt. Dans ces circonstances, il n'existe aucun intérêt privé prépondérant de A_____ à vivre en Suisse, ni situation personnelle grave sous cet angle. A l'inverse, il est manifeste que s'étant livré dans les circonstances décrites *supra* à un trafic de stupéfiants à peine quelques mois après avoir terminé une peine privative de liberté d'importance, l'intérêt public de la Suisse à l'expulser est manifeste et concret, l'appelant ayant démontré par là qu'il représentait un véritable danger.

La seule question qui reste encore ouverte, en regard de la pesée d'intérêts, est celle des possibilités de réintégration de A_____ en Albanie ou dans un autre

pays où il pourrait être expulsé, et de savoir si cela pourrait le conduire à être mis dans une situation personnelle grave.

Pour la CPAR, il est manifeste qu'une expulsion vers l'Albanie, en l'état de sa connaissance du dossier, serait de nature à créer pour A_____ une situation personnelle grave. Toutefois, les éléments suivants permettent de considérer que la situation est à même d'évoluer dans un sens favorable pour lui et qu'il appartiendra à l'autorité d'exécution d'apprécier ce qu'il en sera, d'autant que l'intéressé a encore une peine privative de liberté conséquente à effectuer.

D'une part, un appel a été interjeté contre le le jugement du 31 octobre 2016 du Tribunal de l'arrondissement judiciaire de E_____. Même si, à ce jour, il n'y a pas eu d'avancement de la procédure d'appel, rien n'exclut qu'elle finisse par évoluer à court ou moyen terme et que l'appelant puisse faire valoir correctement ses moyens de défense, dès lors qu'une réforme de la justice est à l'œuvre, ainsi que cela ressort des pièces versées à la procédure. Le jugement de première instance est ainsi susceptible d'être renversé.

D'autre part, il existe manifestement un projet de regroupement familial en Allemagne, pays dans lequel l'épouse et le fils de l'appelant vont obtenir prochainement leurs autorisations de séjour. Rien n'exclut donc que l'expulsion puisse à moyen terme être exécutée vers l'Allemagne. Rien n'empêchera alors non plus l'appelant, le cas échéant, de s'opposer à un renvoi vers l'Albanie en usant de tous ses moyens de droit, l'Allemagne étant également signataire de la CEDH.

Ainsi, il n'est pas avéré que le prononcé de l'expulsion de A_____ le mettra dans une situation personnelle si grave qu'il faille y renoncer, l'autorité d'exécution étant appelée à apprécier l'évolution de la situation. L'intérêt public à prononcer l'expulsion de A_____ est ainsi prépondérant en l'état et le jugement entrepris sera confirmé, l'appel étant rejeté sur ce point, étant relevé que l'appelant n'a pas discuté la quotité de sa durée qui apparaît justifiée au vu des circonstances.

Il n'y a pas lieu d'étendre la mesure d'expulsion prononcée à l'ensemble de l'espace Schengen, l'appelant ou son épouse étant en mesure de solliciter un regroupement familial en Allemagne.

L'attention de l'OCPM est cependant attirée sur le fait qu'une exécution immédiate de l'expulsion vers l'Albanie sans évolution de la situation procédurale albanaise, notamment sans explications complémentaires sur le caractère exécutoire du jugement nonobstant l'appel interjeté, pourrait se révéler préjudiciable.

6. L'appelant, qui succombe quasi intégralement dans ses conclusions, supportera les 9/10^{èmes} des frais de la procédure d'appel, comprenant un émolument de jugement de CHF 2'000.-. Il n'y a pas lieu de revoir les frais de première instance.

7. Considéré globalement, l'état de frais produit par M^e C_____, défenseur d'office de A_____, satisfait les exigences légales et jurisprudentielles régissant l'assistance judiciaire gratuite en matière pénale. Il convient cependant de le compléter de la durée de l'audience et de la vacation au Palais de justice, outre le forfait arrêté à 10%, ainsi que la TVA.

La rémunération de M^e C_____ sera partant arrêtée à CHF 3'701.30, correspondant à 15 heures et dix minutes d'activité au tarif de CHF 200.-/heure, plus la majoration forfaitaire de 10%, un forfait de déplacement de CHF 100.- et l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% en CHF 264.60.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTCO/73/2020 rendu le 8 juin 2020 par le Tribunal correctionnel dans la procédure P/14050/2019.

L'admet très partiellement dans le sens du considérant.

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

Acquitte A_____ de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI) pour la période du 25 décembre 2018 au 26 mars 2019.

Déclare A_____ coupable d'infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants (art. 19 al. 1 let. b, c et d et al. 2 let. a LStup) et de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI).

Condamne A_____ à une peine privative de liberté de trois ans, sous déduction de 499 jours de détention avant jugement (dont 306 jours en exécution anticipée de peine - art. 40 CP).

Renonce à révoquer le sursis octroyé le 13 mars 2018 par le Ministère public du canton de Fribourg (art. 46 al. 2 CP).

Ordonne l'expulsion de Suisse de A_____ pour une durée de huit ans (art. 66a al. 1 let. o CP).

Dit que l'exécution de la peine prime celle de l'expulsion (art. 66c al. 2 CP).

Ordonne l'apport à la procédure du contrat Swisscom figurant sous ch. 10 de l'inventaire n° 2_____.

Ordonne la confiscation et la destruction de la drogue et des téléphones portables figurant sous ch. 1 à 3 de l'inventaire n° 3_____, du téléphone, des souches de cartes SIM et de la drogue figurant sous ch. 5, 7 à 9 et 11 de l'inventaire n° 2_____, ainsi que du téléphone figurant sous ch. 1 de l'inventaire n° 4_____ (art. 69 CP).

Ordonne la confiscation et la dévolution à l'Etat des valeurs patrimoniales figurant sous ch. 5 de l'inventaire n° 3_____ et sous ch. 1 à 3 de l'inventaire n° 2_____ (art. 70 CP).

Ordonne la restitution à A_____ de la tablette figurant sous ch. 6 de l'inventaire n° 2_____ (art. 267 al. 1 et 3 CPP).

Ordonne la restitution à P_____ de la clé figurant sous ch. 4 de l'inventaire n° 3_____ (art. 267 al. 1 et 3 CPP).

Condamne A_____ aux frais de la procédure de première instance, qui s'élèvent à CHF 10'896.90, y compris un émolument de jugement de CHF 1'500.- (art. 426 al. 1 CPP).

Arrête les frais de la procédure d'appel à CHF 2'225.-.

Met 9/10^{èmes} de ces frais, soit CHF 2'002.50, à la charge de A_____ et laisse le solde de ces frais, soit CHF 222.50, à la charge de l'État.

Constate que le Tribunal correctionnel a fixé à CHF 10'371.50 l'indemnité de procédure due à M^c C_____, défenseur d'office de A_____, pour la procédure de première instance (art. 135 CPP).

Arrête à CHF 3'701.30, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M^c C_____, défenseur d'office de A_____, pour la procédure d'appel.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, au Tribunal correctionnel, à l'Etablissement fermé B_____, au Service de l'application des peines et mesures, à l'Office fédéral de la police, au Secrétariat d'Etat aux migrations et à l'Office cantonal de la population et des migrations.

Le greffier :

Alexandre DA COSTA

Le président :

Pierre BUNGENER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), 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.

Dans la mesure où il a trait à l'indemnité de l'avocat désigné d'office ou du conseil juridique gratuit pour la procédure d'appel, et conformément aux art. 135 al. 3 let. b CPP et 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP), le présent arrêt peut être porté dans les dix jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 39 al. 1 LOAP, art. 396 al. 1 CPP) par-devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (6501 Bellinzone).

ETAT DE FRAIS

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 correctionnel : CHF 10'896.90

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

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 0.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 80.00

Procès-verbal (let. f) CHF 70.00

Etat de frais CHF 75.00

Emolument de décision CHF 2'000.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 2'225.00

Total général (première instance + appel) : CHF **13'121.90**