

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/20011/2015

AARP/88/2017

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre pénale d'appel et de révision**

**Arrêt du mercredi 8 mars 2017**

Entre

A \_\_\_\_\_, sans domicile fixe, comparant par M<sup>c</sup> B \_\_\_\_\_, avocat, \_\_\_\_\_,

appellant,

contre le jugement JTDP/1084/2016 rendu le 9 novembre 2016 par le 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 courrier expédié le 30 novembre 2016, A\_\_\_\_\_ annonce appeler du jugement du Tribunal de police du 9 novembre 2016, dont les motifs lui ont été notifiés le 11 novembre suivant, par lequel il a été reconnu coupable d'infractions aux art. 19 al. 1 et 19a al. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121), recel (art. 160 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP - RS 311.0]), séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 [LEtr - RS 142.20]) et violation d'une interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 119 al. 1 LEtr), condamné à une peine privative de liberté de neuf mois sous déduction de 43 jours de détention avant jugement et à une amende de CHF 500.- (peine de substitution de cinq jours), ainsi qu'aux frais de la procédure. Le tribunal a en outre révoqué le sursis octroyé par le Ministère public le 10 juin 2015 à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 30.- l'unité (délai d'épreuve : trois ans), et ordonné diverses mesures de confiscation, destruction et restitution.
- b.** A\_\_\_\_\_ remet partiellement en cause le jugement dont est appel, concluant à son acquittement du chef d'infraction à l'art. 19 al. 1 LStup concernant la vente de cocaïne, de même que de recel et de séjour illégal. Il requiert une réduction de la peine et qu'il soit renoncé à révoquer le précédent sursis.
- c.** Selon l'acte d'accusation du 13 avril 2016, il est reproché à A\_\_\_\_\_, d'avoir, à Genève :
- le 22 octobre 2015, détenu trois sachets d'un poids total de 7,5 grammes de marijuana, drogue destinée à la vente, dont il s'est débarrassé à la vue des policiers.
  - le 2 décembre 2015, détenu dans la poche intérieure de sa veste quatre sachets "minigrip" d'un poids total de 13,4 grammes de marijuana, en vue de la vendre ; détenu et entreposé sous la commode de la chambre dans laquelle il logeait depuis le 7 octobre 2015, 3 grammes nets de cocaïne d'un taux de pureté compris entre 39,7% et 40,3%, conditionnés en six gouttes et une boulette, elles-mêmes emballées dans un sac en plastique type caninette ; détenu et entreposé dans des chaussures déposées dans une alcôve du restaurant "C\_\_\_\_\_", dont la clé se trouvait dans la chambre susmentionnée, 6,2 grammes nets de cocaïne d'un taux de pureté compris entre 25,8% et 37%, conditionnés en six gouttes et une boulette, drogue destinée à la vente.
  - le 5 février 2016, acquis de concert avec D\_\_\_\_\_, 100 grammes de marijuana pour un montant de CHF 700.-, puis de les avoir conditionnés avec son comparse en 48 sachets "minigrip" d'un poids total de 120 grammes, étant précisé que les deux protagonistes ont été interpellés le lendemain en possession de cette drogue.

- le 6 février 2016, détenu deux sachets d'aluminium contenant chacun trois sachets "minigrip" de marijuana, d'un poids total de 15 grammes, destinés à la vente.

- le 25 février 2016, détenu huit sachets contenant de la marijuana d'un poids total brut de 20 grammes, destinés à la vente.

- le 22 octobre 2015 et le 25 février 2016, été trouvé dans le canton de Genève alors qu'il était frappé de décisions d'interdiction de pénétrer sur le territoire dudit canton, prises à son encontre le 30 avril 2015 et le 7 février 2016, pour une durée de six et douze mois.

- séjourné sur le territoire suisse sans autorisations ni documents d'identité valables, du 11 juin au 22 octobre 2015, puis du 24 octobre 2015 au 2 décembre suivant, du 8 janvier au 6 février 2016 et enfin du 8 février au 25 février 2016.

- à une date indéterminée entre le 15 octobre et le 2 décembre 2015, acquis dans la rue d'une personne inconnue le téléphone portable iPhone 6S IMEI n°1 \_\_\_\_\_ volé à E\_\_\_\_\_ le 15 octobre 2015, mobile retrouvé le 2 décembre 2015 dans la chambre qu'il occupait depuis le 7 octobre 2015, alors qu'il savait ou à tout le moins devait penser que cet objet était de provenance douteuse, soit notamment d'un vol.

- consommé régulièrement de la marijuana, soit deux à trois joints par jour.

**B.** Les faits encore pertinents à ce stade de la procédure sont les suivants :

**a.** Le 16 octobre 2015, E\_\_\_\_\_ a déposé plainte pénale pour le vol par effraction commis la veille dans sa voiture, lors duquel son téléphone portable iPhone 6S IMEI 1\_\_\_\_\_ avait été subtilisé.

*i. Arrestation du 22 octobre 2015*

**b.** Dans le cadre d'une opération de surveillance, A\_\_\_\_\_ a été interpellé par la police, après s'être débarrassé d'un paquet d'aluminium contenant trois sachets de marijuana d'un poids total de 7,5 grammes. Il faisait l'objet d'une interdiction de pénétrer dans le canton de Genève, du 30 avril au 30 octobre 2015.

**c.** Lors de son audition, A\_\_\_\_\_ a reconnu les faits qui lui étaient reprochés. Il était arrivé en Suisse en 2000 pour repartir en Sierra Leone en 2004 afin de chercher sa famille, jusqu'en 2013, date à laquelle il était revenu "pour sauver sa vie".

**d.** Selon son dossier administratif, A\_\_\_\_\_ a déposé trois demandes d'asile les 27 décembre 1999, 14 juin 2002 et 4 août 2014, que le Secrétariat d'Etat aux migrations

a rejetées, ou radiée en mars 2015 pour la dernière. Simultanément, son renvoi de Suisse a été prononcé, dont l'exécution a été confiée au canton du Tessin.

*ii. Arrestation du 2 décembre 2015*

**e.** La Brigade des stupéfiants (BSTUP) a appris qu'un trafic de cocaïne avait lieu depuis un appartement sis F\_\_\_\_\_, chez un dénommé G\_\_\_\_\_. Un dispositif de surveillance a été mis en place.

**f.** A\_\_\_\_\_ a été interpellé alors qu'il sortait de l'immeuble placé sous surveillance. Il était détenteur de 13,4 grammes de marijuana, d'un téléphone portable et d'une clé de l'appartement.

**g.a.** Dans la foulée, la BSTUP a procédé à la perquisition de l'appartement de G\_\_\_\_\_, à l'intérieur duquel ont notamment été trouvés, sous une commode de la chambre occupée par A\_\_\_\_\_, 8,9 grammes de cocaïne, une clef du restaurant le "C\_\_\_\_\_" sis H\_\_\_\_\_ et cinq téléphones portables dont un iPhone 6S signalé volé, ainsi que CHF 2'790.- et EUR 355.-.

**g.b.** Lors de la perquisition menée par la suite audit restaurant, la police a encore notamment saisi 8,8 grammes de cocaïne, ainsi que du matériel de conditionnement et du produit de coupage.

**h.** Interrogé par la police sur les objets saisis dans sa chambre et dans le restaurant, A\_\_\_\_\_ a nié en être le propriétaire, de même qu'une quelconque implication dans un trafic de stupéfiants. La marijuana qu'il détenait au moment de son arrestation était destinée à sa consommation personnelle. Il ne connaissait pas les autres personnes logeant dans l'appartement, dans lequel il habitait depuis un mois.

**i.** Devant le Ministère public, A\_\_\_\_\_ a déclaré loger dans l'appartement depuis trois ou quatre jours, au début dans le salon puis dans une chambre. Il ne connaissait pas la personne qui dormait dans le restaurant, à savoir D\_\_\_\_\_.

Ultérieurement, A\_\_\_\_\_ a admis avoir résidé dans l'appartement depuis un mois sans en posséder la clé, de sorte qu'il sonnait pour y accéder. Il ne détenait pas non plus celle du restaurant et avait simplement demandé à son logeur d'héberger D\_\_\_\_\_, qu'il ne connaissait que très peu. Il passait ses journées avec sa femme, laquelle habitait aux Acacias, et ne rentrait que le soir venu, pour dormir.

**j.** G\_\_\_\_\_, locataire officiel de l'appartement et gérant de l'établissement le "C\_\_\_\_\_", a affirmé héberger A\_\_\_\_\_ depuis le 7 octobre 2015, contre la somme de CHF 500.- par mois. Personne d'autre n'utilisait la chambre dans laquelle il dormait, celle-ci ayant par ailleurs été vidée par un proche de l'ancien locataire lors

de son renvoi de Suisse. A\_\_\_\_\_ lui avait demandé de loger son ami D\_\_\_\_\_ dans son restaurant afin de lui éviter de dormir dans la rue, ce qu'il avait accepté. Il avait remis une clé à A\_\_\_\_\_ afin qu'il ouvre tous les soirs le restaurant à D\_\_\_\_\_, et le referme tous les matins, ne voulant pas la confier à un inconnu. A\_\_\_\_\_ possédait également une clé de son appartement.

**k.a.** Le profil ADN de A\_\_\_\_\_ a été identifié sur les bouts brûlés de six parachutes et sur l'extérieur d'une boulette de cocaïne saisis sous une commode dans la chambre qu'il occupait dans l'appartement précité, ainsi que sur les bouts brûlés de six autres parachutes glissés dans des chaussures déposées dans une alcôve du restaurant le "C\_\_\_\_\_".

**k.b.** D'autres investigations ont permis d'établir que l'iPhone 6S trouvé dans la chambre occupée par A\_\_\_\_\_ était celui dérobé à E\_\_\_\_\_ le 15 octobre 2015.

*iii. Arrestation du 6 février 2016*

**l.** A\_\_\_\_\_ a été interpellé par une patrouille de police, en compagnie de D\_\_\_\_\_, à la terrasse d'un café. Lors de la fouille de sécurité, la police a découvert 15 grammes de marijuana ainsi que CHF 980.-, alors que son compatriote en détenait 120 grammes, et CHF 1'040.-.

**m.a.** Lors de son interrogatoire, A\_\_\_\_\_ a admis avoir acheté la drogue retrouvée sur lui, la veille. L'argent qu'il possédait avait été gagné en travaillant "au noir" au Tessin. Il dormait dans la rue depuis son arrivée en Suisse.

**m.b.** D\_\_\_\_\_ connaissait A\_\_\_\_\_ depuis trois à quatre mois. Ce dernier lui avait demandé de l'aider à confectionner des emballages en aluminium avec la marijuana qu'il avait acheté la veille, afin de la vendre. A\_\_\_\_\_ lui avait également donné CHF 1'000.- juste avant leur arrestation.

**n.** Le 7 février 2016, A\_\_\_\_\_ s'est vu notifier une interdiction d'accès au canton de Genève pour une durée de 12 mois.

*iv. Arrestation du 25 février 2016*

**o.** A\_\_\_\_\_ a été interpellé par la police, la fouille de sécurité révélant qu'il était en possession de huit sachets de marijuana de 20 grammes et de CHF 30.-.

**p.** Il a affirmé que la drogue était destinée à sa consommation personnelle, car il était fumeur depuis 10 ans. Il ne vendait pas de marijuana. Depuis l'échéance de son livret N délivré par le canton du Tessin, il vivait à Genève, dans la rue.

v. *Dernière audience devant le Ministère public le 8 mars 2016 et audiences devant le Tribunal de première instance*

q. A\_\_\_\_\_ a reconnu avoir possédé de la marijuana pour sa consommation personnelle, voire pour la vente, dans l'hypothèse où quelqu'un l'aurait approché pour cela. Il n'avait en revanche jamais trafiqué de cocaïne. Il était tombé par hasard sur cette substance en nettoyant sa chambre et l'avait prise dans les mains par curiosité. Il l'avait ensuite remise à sa place. Il n'était jamais entré dans le restaurant et ne s'expliquait pas la présence de son ADN sur la drogue retrouvée à cet endroit. Quant aux téléphones mobiles découverts dans sa chambre, il se souvenait en avoir acheté un dans la rue à un inconnu, mais ignorait lequel. Il croyait avoir le droit de séjourner en Suisse, n'ayant jamais reçu de décision formelle de refus de sa demande d'asile.

r. Valablement convoqué, A\_\_\_\_\_ ne s'est pas présenté aux audiences fixées devant le Tribunal de première instance.

C. a. Selon son écriture du 22 décembre 2016, le Ministère public conclut au rejet de l'appel.

b. Représenté aux débats d'appel par son conseil, A\_\_\_\_\_ persiste dans ses conclusions. Le téléphone soustrait à E\_\_\_\_\_ se trouvait sous une armoire de la chambre qu'il occupait seulement pour dormir, et dont le contenu ne lui appartenait pas. Il avait été condamné uniquement sur les dires de ses colocataires, alors qu'il n'avait jamais varié dans ses explications. Il s'était ravisé lors de l'instruction sur la question de la vente de marijuana, ce qui était un indice de véracité en ce qui concernait les dénégations maintenues. Il avait déposé une demande d'asile dont il ignorait le sort, si bien qu'il pensait être en droit de séjourner en Suisse dans cette attente. En toute hypothèse, sa peine devait être réduite et il devait être renoncé à révoquer le sursis qui lui avait été accordé le 10 juin 2015.

D. Originaire de Sierra Leone, A\_\_\_\_\_ est né le \_\_\_\_\_ 1985 à Kenema. Célibataire, sans enfants, il est arrivé en Suisse en 2000 pour retourner dans son pays en 2004 et revenir en 2014. Selon ses dires, il avait toujours dormi dans la rue à Genève, et logeait chez des amis au Tessin. Il lui arrivait de travailler "au noir" pour subvenir à ses besoins, outre l'argent que lui donnaient ses amis et "sa femme".

Selon l'extrait de son casier judiciaire, A\_\_\_\_\_ a été condamné le 10 juin 2015 à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 30.- l'unité, avec sursis durant trois ans, pour infraction à l'art. 19 al. 1 LStup et séjour illégal ainsi qu'à une amende de CHF 450.-. Il est connu par les services de police sous quatre alias.

E. M<sup>e</sup> B\_\_\_\_\_, défenseur d'office de A\_\_\_\_\_ dépose un état de frais mentionnant 45 minutes d'activité de chef d'étude pour la procédure d'appel, à laquelle il faut ajouter

30 minutes de préparation de l'audience ainsi que la durée de celle-ci, soit 20 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, du 5 octobre 2007 [CPP ; RS 312.0]).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) et les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f).

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 inéquitables (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 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, mais aussi 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).

Comme règle de l'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de cet état de fait. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent certes pas à exclure une condamnation. La présomption d'innocence n'est invoquée avec succès que si le recourant démontre qu'à l'issue d'une appréciation exempte d'arbitraire de l'ensemble des preuves, le juge aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles sur sa culpabilité (ATF 120 Ia 31 consid. 2 p. 33 ss, ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 87 ss).

**2.2.1.** L'art. 19 al. 1 LStup punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, sans droit, entrepose, expédie, transporte, importe ou exporte des stupéfiants ou les passe en transit (let. b), aliène ou prescrit

des stupéfiants, en procure de toute autre manière à un tiers ou en met dans le commerce (let. c), possède, détient ou acquiert des stupéfiants ou s'en procure de toute autre manière (let. d) ou prend des mesures aux fins de commettre une de ces infractions (let. g).

**2.2.2.** Les dénégations de l'appelant au sujet de son implication dans un trafic de cocaïne ne sont pas crédibles.

Une partie de cette drogue a en effet été trouvée dans sa chambre. Il n'y a aucune raison de ne pas suivre les affirmations du bailleur selon lesquelles il était le seul occupant de cette pièce depuis plus d'un mois, le précédent locataire l'ayant vidée de ses effets, celui-là n'ayant aucun intérêt identifiable à mentir à cet égard. La version du logeur est d'ailleurs confirmée par les éléments du dossier, l'appelant ayant été trouvé en possession de la clé de l'appartement et, pour l'avoir détenue dans sa chambre, de la clé du "C\_\_\_\_\_", alors qu'il a varié sur la durée de son séjour, a nié avoir possédé la clé de l'appartement pourtant saisie sur lui ou a prétendu ne pas, puis guère, connaître D\_\_\_\_\_, dont il avait pourtant obtenu qu'il fût hébergé dans les locaux de l'établissement. Enfin, la présence de son profil ADN sur non pas un, mais six parachutes, de cocaïne et une boulette saisis dans sa chambre est un élément accablant.

En prolongement, il faut admettre que l'appelant, dont le profil ADN a été trouvé sur la drogue saisie dans l'établissement où il avait installé D\_\_\_\_\_, était aussi le détenteur ou co-détenteur de la drogue qui y était stockée.

L'appel sera partant rejeté en ce qui concerne la possession de 9.2 grammes de cocaïne destinée à la vente.

**2.3.1.** L'art. 160 CP sanctionne celui qui, notamment, aura acquis une chose dont il savait ou devait présumer qu'un tiers l'avait obtenue au moyen d'une infraction contre le patrimoine.

**2.3.2.** Le recel est une infraction intentionnelle, le dol éventuel étant cependant suffisant, de sorte qu'il suffit que l'auteur sache ou doive présumer, respectivement qu'il accepte l'éventualité que la chose provienne d'une infraction contre le patrimoine (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_795/2007 du 4 mars 2008 consid. 3.1 ; B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3<sup>ème</sup> éd. 2010, n. 48 *ad art.* 160). Il en va ainsi lorsque les circonstances suggèrent le soupçon de la provenance délictueuse (ATF 129 IV 230 consid. 5.3.2 p. 236s ; ATF 119 IV 242 consid. 2b, p. 247, arrêt du Tribunal fédéral 6B\_728/2010 du 1<sup>er</sup> mars 2011 consid. 2) ou que les raisons de le soupçonner soient telles que cette possibilité s'impose à l'esprit (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 48 *ad art.* 160). Il n'est pas nécessaire que le receleur connaisse la nature exacte de l'infraction contre le patrimoine, ni son auteur, ni les

circonstances dans lesquelles elle s'est déroulée (ATF 119 IV 242 consid. 2b p. 247). C'est au moment de l'acte de recel que l'auteur doit accepter l'éventualité que la chose ait une provenance délictueuse ; le *dolus subsequens* est sans pertinence (ATF 105 IV 306 consid. c).

Pour déterminer si l'auteur s'est accommodé du résultat au cas où il se produirait, il faut se fonder sur les éléments extérieurs, faute d'aveux. Parmi ces éléments figurent l'importance du risque, connu de l'intéressé, que les éléments constitutifs objectifs de l'infraction se réalisent, la gravité de la violation du devoir de prudence, les mobiles, et la manière dont l'acte a été commis (ATF 125 IV 242 consid. 3c p. 252 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_355/2011 du 23 septembre 2011 consid. 4.2.1). Cette interprétation raisonnable doit prendre en compte le degré de probabilité de la survenance du résultat de l'infraction reprochée, tel qu'il apparaît à la lumière des circonstances et de l'expérience de la vie (ATF 133 IV 1 consid. 4.6 p. 8).

**2.3.3.** Le raisonnement concernant la possession de la drogue s'applique, *mutatis mutandis*, à celle du téléphone portable saisi dans la chambre alors qu'il avait été volé après le début de la sous-location, de sorte qu'il ne peut avoir été laissé là par un précédent occupant, indépendamment du fait que ladite chambre avait été vidée des affaires dudit précédent locataire. D'ailleurs, l'intéressé a concédé avoir acquis un appareil dans la rue, sans préciser lequel.

L'appelant a donc acquis la possession de ce téléphone, dont il devait soupçonner la provenance délictueuse d'autant plus qu'il s'agit d'un modèle notoirement prisé. L'infraction de recel est bien réalisée.

L'appel sera rejeté sur ce point également.

**2.4.1.** À teneur de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour non autorisé.

Par arrêté fédéral du 18 juin 2010 (RO 2010 5925), la Suisse a repris la Directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Directive sur le retour 2008/115/CE). Pour le Tribunal fédéral, il convient d'appliquer l'art. 115 LEtr en considération de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : la CJUE) relative à cette directive, sans quoi la participation de la Suisse à Schengen pourrait être menacée (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_525/2014 du 9 octobre 2014 consid. 1.1 et les références citées ; 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1 ; 6B\_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.1 à 1.4).

La Directive sur le retour et la jurisprudence de la CJUE y relative posent le principe selon lequel une peine privative de liberté pour séjour illégal ne peut être prononcée que si la procédure administrative de renvoi a été menée à son terme sans succès et que le ressortissant étranger demeure sur le territoire sans motif justifié de non-retour (arrêts de la CJUE du 28 avril 2011 C-61/11 PPU El Dridi et du 6 décembre 2011 C-329/11 Achughbabian ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_787/2014 du 27 novembre 2014 consid. 2.1 et 6B\_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.4).

La CJUE a toutefois précisé que les ressortissants de pays tiers ayant, outre le délit de séjour irrégulier, commis un ou plusieurs autres délits, pouvaient le cas échéant, être soustraits au champ d'application de la directive (arrêt du 6 décembre 2011 C-329/11 Achughbabian, pt 41).

Suivant la jurisprudence européenne, il y a donc lieu d'admettre que la Directive sur le retour n'est pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui ont commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs autres délits (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.2.).

**2.4.2.** L'appelant a séjourné en Suisse durant les périodes visées par l'acte d'accusation, dépourvu de papiers d'identité, de moyens de subsistance et des autorisations nécessaires ; il est par ailleurs soustrait à la protection conférée par la Directive sur le retour, pour avoir commis d'autres délits que celui de séjour illégal, soit la violation de l'art. 19 al. 1 LStup et le recel.

Son argument selon lequel il croyait pouvoir rester en Suisse parce que sa demande d'asile n'aurait, à sa connaissance, pas été rejetée, ne résiste pas à l'examen, ne serait-ce que parce qu'il a déjà été condamné pour séjour illégal, la période pénale objet de la présente procédure commençant le lendemain du prononcé de cette première condamnation. Il était ainsi parfaitement informé du caractère pénalement relevant de son séjour en Suisse.

Le jugement de première instance sera confirmé sur ce point également.

**3. 3.1.1.** Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur.

Celle-ci 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*). A 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 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_660/2013 du 19 novembre 2013 consid. 2.2).

**3.1.2.** En matière de trafic de stupéfiants, il y a lieu de tenir compte, plus spécialement, des circonstances suivantes (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_843/2014 du 7 avril 2015 consid. 1.1.1 ; voir aussi 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 applicables à la nouvelle) : même si la quantité de la drogue ne joue pas un rôle prépondérant, elle constitue sans conteste un élément important. Elle perd cependant de l'importance au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la limite à partir de laquelle le cas doit être considéré comme grave au sens de l'art. 19 al. 2 let. a LStup (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_843/2014 du 7 avril 2015 consid. 1.1.1 et les références citées). Le type de drogue et sa pureté doivent aussi être pris en considération (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 (ATF 121 IV 202 consid. 2d/cc p. 206). Enfin, le nombre d'opérations constitue un indice pour mesurer l'intensité du comportement délictueux ; celui qui écoule en une fois un kilo d'héroïne sera en principe moins sévèrement puni que celui qui vend cent grammes à dix reprises.

**3.1.3.** D'après l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il 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.

**3.1.4.** Bien que la récidive ne constitue plus un motif d'aggravation obligatoire de la peine (art. 67 aCP), les antécédents continuent de jouer un rôle très important dans la fixation de celle-ci (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar Strafrecht I : Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz*, 2e éd., Bâle 2007, art. 47 CP n. 100). En général, la culpabilité de l'auteur est amplifiée du fait qu'il n'a pas tenu compte de l'avertissement constitué par la précédente condamnation, et sa rechute témoigne d'une énergie criminelle accrue (R. ROTH / L. MOREILLON (éds), *Code pénal I : art. 1-100 CP*, Bâle 2009, art. 47 CP n. 55). En outre, les condamnations passées perdent de leur importance avec l'écoulement du temps. Les antécédents judiciaires ne sauraient toutefois conduire à une augmentation massive de la peine, parce que cela reviendrait à condamner une deuxième fois pour des actes déjà jugés (ATF 120 IV 136 consid. 3b).

**3.2.** En l'espèce, la faute de l'appelant est sérieuse. Il s'est adonné à un trafic de marijuana et a étendu ses activités à une quantité non négligeable de cocaïne, même si le seuil du cas grave n'a pas été dépassé. En commettant un recel, il a franchi un pas supplémentaire, s'en prenant désormais également à la propriété d'autrui. Le séjour illégal et la violation de l'interdiction de périmètre revêtent une dimension particulière, l'appelant n'hésitant pas à se livrer en Suisse et à Genève au trafic et à la consommation de stupéfiants, alors même que son séjour n'est pas régulier.

Ses mobiles sont purement égoïstes. Le trafic de stupéfiant relève de l'appât du gain, le recel et les violations de la LEtr de la convenance personnelle, au mépris de la propriété d'autrui et des règles de la législation sur le séjour des étrangers. La consommation de stupéfiants, qui n'entre pas en concours avec les délits qui précèdent, est aussi significative de cette désinvolture pour les interdits, laquelle se déduit encore de la persistance à commettre des infractions nonobstant les multiples contrôles policiers. Ces éléments dénotent un certain ancrage dans la délinquance.

Sa collaboration a été fort médiocre et son comportement ne laisse apparaître aucune forme de prise de conscience. La situation personnelle précaire de l'appelant n'est pas un facteur à décharge, dès lors qu'elle est induite par son entêtement à demeurer en Suisse alors qu'il ne remplit pas les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour.

L'appelant a un antécédent spécifique et récent, ce qui est un élément défavorable supplémentaire.

Il y a concours d'infractions, le délit concrètement le plus grave en l'espèce étant celui lié au trafic de cocaïne, vu l'importance du bien juridique lésé et la quantité en cause, qui n'est pas anodine, dans la mesure où elle atteint la moitié de celle déclenchant l'application de l'aggravante de l'art. 19 al. 2 let. a LStup. A elle seule, compte tenu de l'ensemble des critères pertinents, ladite infraction aurait justifié le prononcé d'une peine de l'ordre de cinq mois. Une aggravation de quatre mois eu égard aux autres délits commis (recel, trafic de marijuana, violations des art. 115 et 119 LEtr,) et, derechef, à l'ensemble des critères applicables, s'impose.

A raison, l'appelant ne conteste pas le genre de la peine prononcée par le premier juge, étant souligné qu'au regard du statut de l'intéressé, un travail d'intérêt général n'entre pas en considération, et que l'absence de prise de conscience, le parcours délictueux, qui est allé en s'aggravant, et l'antécédent extrêmement récent, assorti d'un sursis qui n'a pas eu l'effet escompté, conduisent à la conclusion qu'une peine pécuniaire n'aurait pas d'effet dissuasif.

Aussi, la peine prononcée par le premier juge doit-elle être confirmée et l'appel rejeté sur ce point, étant rappelé que l'appelant ne conteste à raison pas l'amende sanctionnant la contravention de consommation de stupéfiants.

4. **4.1.1.** Sur le plan objectif, les peine pécuniaire, travail d'intérêt général et peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus, peuvent être assorties du sursis total (cf. art. 42 al. 1 CP).

Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis – ou du sursis partiel –, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit prononcer le sursis. Celui-ci est ainsi la règle dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185 s. ; 134 IV 1 consid. 4.2.2 p. 5).

Pour émettre ce pronostic, le juge doit se livrer à une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Il doit tenir compte de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il ne peut accorder un poids particulier à certains critères et en négliger d'autres qui sont pertinents (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 p. 185 s. ; 134 IV 1 consid. 4.2.1 p. 5).

Dans le cadre du pronostic déterminant l'octroi du sursis, les antécédents pénaux ne constituent qu'un élément parmi d'autres. Ils ne l'emportent pas nécessairement sur les autres considérations pertinentes (arrêt 6B\_569/2008 du 24 mars 2009 consid. 2.3 ; R. SCHNEIDER / R. GARRÉ, *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 2<sup>e</sup> éd., 2007, n. 59 *ad* art. 42). Pour autant, on ne saurait en déduire qu'ils ne suffisent jamais à fonder un pronostic défavorable. Comme sous l'ancien droit (cf. ATF 98 IV 313 consid. 3 p. 313 s.), ils ne permettent certes pas à eux seuls de refuser le sursis si les peines prononcées dans les cinq ans qui précèdent l'infraction n'équivalent pas au moins à trois mois de privation de liberté au total (R. SCHNEIDER / R. GARRÉ, *op. cit.*, n. 59 *ad* art. 42 CP). Mais des antécédents plus graves peuvent suffire à fonder un pronostic défavorable si le très mauvais signe qu'ils donnent n'est corrigé par aucun élément favorable, voire par aucun élément particulièrement favorable s'ils dépassent au total six mois de privation de liberté ou 180 jours-amende (art. 42 al. 2 CP).

**4.1.2.** Selon l'art. 46 CP, si, durant le délai d'épreuve, le condamné commet un crime ou un délit et qu'il y a dès lors lieu de prévoir qu'il commettra de nouvelles infractions, le juge révoque le sursis ou le sursis partiel (alinéa 1, première phrase). S'il n'y a pas lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions, le juge renonce à ordonner la révocation (alinéa 2, première phrase).

La commission d'un crime ou d'un délit durant le délai d'épreuve n'entraîne pas nécessairement une révocation du sursis. Celle-ci ne se justifie qu'en cas de pronostic défavorable, à savoir lorsque la nouvelle infraction laisse entrevoir une réduction sensible des perspectives de succès de la mise à l'épreuve. Par analogie avec l'art. 42

al. 1 et 2 CP, le juge se fonde sur une appréciation globale des circonstances du cas d'espèce pour estimer le risque de récidive (ATF 134 IV 140 consid. 4.4 p. 143 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_105/2016 du 11 octobre 2016 consid. 1.1).

Dans l'appréciation des perspectives d'amendement à laquelle il doit procéder pour décider de la révocation d'un sursis antérieur, le juge doit tenir compte des effets prévisibles de l'octroi ou non du sursis à la nouvelle peine. Il peut parvenir à la conclusion que l'exécution, le cas échéant, de la nouvelle peine aura un effet dissuasif suffisant, justifiant de renoncer à la révocation du sursis antérieur. L'inverse est également admissible : si le sursis précédent est révoqué, l'exécution de la peine qui en était assortie peut conduire à nier l'existence d'un pronostic défavorable pour la nouvelle peine et, partant, à assortir cette dernière du sursis. L'existence d'un pronostic défavorable quant au comportement futur du condamné, bien qu'elle soit une condition aussi bien du sursis à la nouvelle peine que de la révocation d'un sursis antérieur, ne peut faire l'objet d'un unique examen, dont le résultat suffirait à sceller tant le sort de la décision sur le sursis à la nouvelle peine que celui de la décision sur la révocation du sursis antérieur. Le fait que le condamné devra exécuter une peine – celle qui lui est nouvellement infligée ou celle qui l'avait été antérieurement avec sursis – peut apparaître suffisant à le détourner de la récidive et, partant, doit être pris en considération pour décider de la nécessité ou non d'exécuter l'autre peine. Il constitue donc une circonstance nouvelle, appelant un réexamen du pronostic au stade de la décision d'ordonner ou non l'exécution de l'autre peine. Il va de soi que le juge doit motiver sa décision sur ce point, de manière à ce que l'intéressé puisse au besoin la contester utilement et l'autorité de recours exercer son contrôle (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_105/2016 du 11 octobre 2016 consid. 1.1 et la référence citée).

**4.2.** Dans le cadre de l'examen d'un éventuel sursis à la présente peine, force est de constater que le pronostic est défavorable : l'appelant a recommencé d'adopter un comportement délictueux dès le lendemain de sa précédente condamnation, s'agissant du séjour illégal, a très rapidement derechef versé dans le trafic de marijuana, puis a élargi son champs d'activité à la cocaïne et au recel, d'où une progression inquiétante. Sa collaboration est mauvaise et il ne dispose d'aucun titre de travail ou de séjour, ce qui n'est pas de nature à l'inciter à adopter un mode de comportement plus respectueux des lois. Dans ces circonstances, le premier juge lui a à juste titre refusé le bénéfice du sursis.

La révocation de la précédente mesure est plus discutable, en raison de ce que l'appelant est désormais condamné pour la première fois à une peine privative de liberté, d'une durée non négligeable, et ferme. Il est partant encore permis d'espérer que cette expérience aura davantage d'effets, sans qu'il ne soit nécessaire d'en sus révoquer le précédent sursis.

Ces conclusions correspondent d'ailleurs à l'analyse de l'intéressé lui-même, qui n'a pas contesté, n'ayant pas abordé la question, le refus de la suspension de la nouvelle peine, mais a requis qu'il soit renoncé à révoquer le précédent sursis.

L'appel est ainsi admis sur ce seul point et le jugement querellé modifié en conséquence.

4. L'appelant succombe pour l'essentiel. Il supportera les trois quarts des frais de la procédure envers l'Etat (art. 428 CPP), comprenant un émolument d'arrêt de CHF 1'200.- (art. 14 al. 1 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, du 22 décembre 2010 [RTFMP ; RS-GE E 4 10.03]).
5. L'état de frais produit par le défenseur de l'appelant est conforme aux principes dégagés en application des art. 135 CPP et 16 du règlement sur l'assistance juridique du 28 juillet 2010 (RAJ ; E 2 05.04). Son activité sera dès lors indemnisée par CHF 242.55, correspondant à 45 minutes d'activité au tarif de chef d'étude et 50 minutes au tarif d'avocat-stagiaire, majoration forfaitaire de 20% (CHF 20.40) et équivalent de la TVA au taux de 8% en CHF 18.00.-.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTDP/1084/2016 rendu le 9 novembre 2016 par le Tribunal de police dans la procédure P/20011/2015.

L'admet dans la mesure où le jugement dont est appel prononce la révocation du sursis octroyé par le Ministère public le 10 juin 2015 à la peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 30.- l'unité (délai d'épreuve : trois ans).

**Et statuant à nouveau**

Dit que le sursis octroyé par le Ministère public le 10 juin 2015 à la peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 30.- l'unité (délai d'épreuve : trois ans) n'est pas révoqué.

Confirme pour le surplus le jugement dont est appel.

Condamne A\_\_\_\_\_ aux trois quarts des frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émolument de CHF 1'200.-.

Laisse le solde à charge de l'Etat.

Arrête à CHF 242.55, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M<sup>c</sup> B\_\_\_\_\_, défenseur d'office de A\_\_\_\_\_.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, à l'autorité inférieure, à l'Office cantonal de la population et des migrations et aux Services financiers du Pouvoir judiciaire.

**Siégeant :**

Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, présidente ; Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI et Monsieur Pierre BUNGENER, juges ; Madame Léonie CHEVRET, greffière-juriste.

La greffière :

Melina CHODYNIECKI

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.

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 du 19 mars 2010 (LOAP; RS 173.71), 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 Bellinzona).

P/20011/2015

**ÉTAT DE FRAIS**

AARP/88/2017

**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 11'595.00

**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 200.00

Procès-verbal (let. f) CHF 20.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 1'200.00

---

**Total des frais de la procédure d'appel :** CHF 1'495.00

**Condamne A\_\_\_\_\_ aux trois quarts des frais de la procédure d'appel.**

**Laisse le solde de ces frais à la charge de l'Etat.**

---

**Total général (première instance + appel) :** CHF 13'090.00