

GE_GERICHTE P/13971/2019 vom 6. Januar 2020

GE Cour de justice, 2020-01-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_13971_2019

FR: GE_GERICHTE P/13971/2019 du 6 janvier 2020

IT: GE_GERICHTE P/13971/2019 del 6 gennaio 2020

Regeste

FOUILLE DE PERSONNES;TÉLÉPHONE MOBILE;PREUVE
ILLICITE;DISPOSITIONS PÉNALES DE LA LSTUP;FIXATION DE LA PEINE |
LStup.19.al1.letc; LStuo.19.al1.letd; LStup.19.al2.leta; CP.47; CPP.141.al2; CP.66a.al1

Erwägungen

E. 1

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 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 inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

E. 2

2.1. Aux termes de l'art. 141 al. 2 CPP, les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves. L'art. 141 al. 3 CPP prévoit, en revanche, que les preuves administrées en violation de prescriptions d'ordre sont exploitables. Lorsque la loi ne qualifie pas elle-même une disposition de règle de validité, la distinction entre une telle règle et une prescription d'ordre s'opère en prenant principalement pour critère l'objectif de protection auquel est censée ou non répondre la norme. Si la disposition de procédure en cause revêt une importance telle pour la sauvegarde des intérêts légitimes de la personne concernée qu'elle ne peut atteindre son but que moyennant l'invalidation de l'acte de procédure accompli en violation de cette disposition, on a affaire à une règle de validité (ATF 139 IV 128 consid. 1.6 p. 134 ; Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale [CPP] du 21 décembre 2005, FF 2006 1163 ; arrêt du tribunal fédéral 6B_998/2017 du 20 avril 2018 consid. 2.2.1). S'agissant de déterminer quand une preuve administrée illicitement au sens de l'art. 141 al. 2 CPP peut néanmoins être exploitée en vertu de cette disposition, le Tribunal fédéral a repris la jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur du CPP selon laquelle plus l'infraction à juger est grave, plus l'intérêt public à l'élucider prime sur l'intérêt privé du prévenu à ce que la preuve litigieuse ne soit pas exploitée (ATF 131 272 consid. 4.1.2 p. 279 ; 137 I 218 consid. 2.3.4 p. 223 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_323/2013 du 3 juin 2013 consid. 3.5 ; 6B_490/2013 du 14 octobre 2013 consid. 2.4). En conclusion, l'on peut dire que le code subdivise la réglementation des moyens de preuve obtenus illégalement en trois catégories. Ainsi, s'il s'agit de la violation d'une prescription d'ordre, la preuve peut en tout temps être utilisée (art. 141 al. 3 CPP) ; si l'on a affaire à la violation d'une règle de validité, la preuve illicite ne peut être exploitée qu'en cas d'infraction grave (art. 141 al. 2 CPP) et si elle est indispensable ; en dernier lieu, si la preuve illicite a été obtenue par le biais de la contrainte, de la force, des menaces, des promesses, de la tromperie ou des moyens susceptibles de

limiter le libre-arbitre et les facultés intellectuelles, la preuve n'est jamais admissible et ne peut jamais être exploitée (art. 141 al. 1 CPP). La question de savoir si, dans un cas particulier, l'on se trouve en présence d'une règle de validité ou d'une prescription d'ordre se détermine (dans la mesure où la loi ne désigne pas elle-même la norme comme étant une règle de validité) en première ligne compte tenu du but protecteur de la norme : on est en présence d'une règle de validité si la règle de procédure a une signification si importante pour la garantie des intérêts protégés de la personne intéressée, qu'elle ne peut atteindre son but que si l'acte de procédure est nul en cas d'inobservation de celle-ci (ATF 139 IV 128 = JdT 2014 IV 15 consid. 1.6). Le Tribunal fédéral a jugé que la fouille par des fonctionnaires de police dans le E_____ d'une personne appréhendée, soit dans le répertoire d'adresses enregistrées, sans l'autorisation préalable du Ministère public ne conduisait pas à une interdiction d'exploiter, la nécessité du mandat de perquisition relevant en l'occurrence de la simple prescription d'ordre dès lors que les conditions pour la perquisition de le E_____ étaient en tant que telles réalisées, la mesure n'était pas disproportionnée, les policiers s'étaient apparemment limités à prendre les adresses stockées dans l'appareil et qu'il n'y avait aucune raison de penser qu'ils avaient sciemment omis de requérir un mandat de la part du Ministère public (ATF 139 IV 128 = JdT 2014 IV 15 consid. 1.7).

E. 2.2

En l'espèce, le prévenu a été interpellé par la police le 22 janvier 2019 pour la quatrième fois depuis le 30 septembre 2012. Partant, il était parfaitement au courant de ses droits le 22 janvier 2019 avant même d'avoir signé le formulaire ad hoc , étant relevé qu'il ne soutient pas le contraire. Il connaissait ainsi en particulier son droit de ne pas s'auto incriminer au moment où il a signé le formulaire autorisant la police à procéder à la fouille de son téléphone portable F_____. Au moment de son interpellation, il détenait dans son sac trois quittances d'envoi d'argent au Sénégal datées du 27 septembre et du 18 avril 2018 pour des montants de CHF 93.10, CHF 95.- et CHF 333.-. Dans la mesure où il était sans statut à Genève, démuné de papiers d'identité et apparemment de moyens de subsistances légaux, la police était fondée à le soupçonner d'un trafic de stupéfiants, ce qui s'est révélé avéré. Comme c'était le cas dans l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné (ATF 139 IV 128), la police s'est en l'espèce limitée à relever les numéros des contacts stockés dans l'appareil F_____ du prévenu qui n'était, ce qui ressort de son rapport, pas verrouillé. Par conséquent, l'examen de son téléphone était licite, ce qui est également le cas des preuves recueillies ultérieurement sur cette base, à savoir les témoignages de divers clients toxicomanes. La question préjudicielle est rejetée.

E. 3.1

Le principe in dubio pro reo , qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) 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).

E. 3.2

L'art. 19 al. 1 let. c et d LStup punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, notamment celui qui, sans droit, aliène ou prescrit des stupéfiants, en procure de toute autre manière à un tiers ou en met dans le commerce (let. c) et celui qui, sans droit, possède, détient ou acquiert des stupéfiants ou s'en procure de toute autre manière (let. d). Selon l'art. 19 al. 2 let. a LStup, le cas est grave lorsque l'auteur sait ou ne peut ignorer que l'infraction peut directement ou indirectement mettre en danger la santé de nombreuses personnes. Pour apprécier le danger que représente un stupéfiant pour la santé, il convient non seulement de prendre en compte la quantité mais également d'autres facteurs tels le risque d'overdose, la forme d'application ou le mélange avec d'autres drogues (FF 2006 8178 ; FF 2001 3594 ; SJ 2010 II 145 p. 156). S'agissant de la quantité pour la cocaïne, la condition est objectivement remplie dès que l'infraction porte sur une quantité contenant 18 grammes de substance pure (ATF 138 IV 100 consid. 3.2 p. 103 ; 109 IV 143 consid. 3b p. 145 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1230/2015 du 22 avril 2016 consid. 4.4.2. Si l'auteur commet plusieurs actes distincts, les quantités qui en sont l'objet doivent être additionnées (ATF 112 IV 109 consid. 2b p. 113). Dans ce cadre, il sied de déterminer la quantité de drogue pure sur laquelle a porté l'infraction, qui est seule décisive (ATF 121 IV 193 consid. 2b/aa p. 196). Selon la jurisprudence, lorsque la drogue n'est plus disponible pour une analyse, le taux de pureté peut être déterminé sur une base statistique en référence au degré de pureté habituel à l'époque du trafic (ATF 138 IV 100 consid. 3.5 p. 105 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_940/2014 du 16 septembre 2015 consid. 5.3.1). A Genève, de

jurisprudence constante, l'on retient, pour la cocaïne, le bas de la fourchette du taux de pureté moyen du marché local, soit 20% (cf. AARP/207/2011 du 15 décembre 2011 ; ACJP/2015/2010 du 18 octobre 2010), cette méthode ayant été confirmée par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 6B_632/2008 du 10 mars 2009 consid. 1).

E. 3.3

En l'espèce, lors de son interpellation, l'appelant détenait sur lui deux téléphones portables, dont l'un de marque F_____ correspondant au raccordement (2_____), dont l'examen a permis l'identification d'à tout le moins 34 consommateurs de cocaïne, et pour l'un d'eux, en sus, de marijuana, qui utilisaient le raccordement précité pour se procurer de la drogue. Une trentaine de ces consommateurs ont été entendus par la police. Certains d'entre eux ont formellement reconnu l'appelant sur présentation d'une planche de photographies, d'autres non. Bien que les témoignages des individus ayant identifié l'appelant fussent à confirmer l'existence d'un trafic de stupéfiants, il est encore relevé pour le surplus que la quasi-totalité des consommateurs entendus ont été concordants sur le fait qu'ils s'approvisionnaient en cocaïne par transactions de boulettes d'1 gr gramme vendues CHF 100.- l'unité auprès d'un dealer de type africain surnommé "H_____", qui utilisait le raccordement précité. Ceux qui ont été interrogés à ce sujet ont systématiquement nié la possibilité qu'un second dealer ait pu utiliser ce même numéro de téléphone et les avoir fournis en drogue. Au contraire, il ressort de la quasi-totalité des témoignages que "H_____" était leur unique fournisseur et, aux dires de certains, qu'il se présentait toujours seul lors des transactions. La thèse soutenue par l'appelant à cet égard, selon laquelle le téléphone en question appartenait à l'un de ses amis qui le lui laissait quand il partait en vacances pour qu'il reprenne le trafic de cocaïne à son compte est, partant, fantaisiste et bien en-deçà de sa réelle implication. La découverte sur l'appelant à son arrivée à la prison B_____ de 11 boulettes de cocaïne d'un poids total de 10.35 gr étaye cette implication, une telle quantité n'étant pas compatible avec une consommation personnelle, au demeurant jamais avancée par le prévenu. Ses explications sur la découverte de cette drogue au moment de prendre sa douche à son arrivée à la prison sont à nouveau dépourvues de toute consistance dans la mesure où il est bien peu plausible que des gardiens, voire la police en amont, dont on peine à comprendre quelle serait leur motivation, auraient caché de la drogue dans son pantalon. L'antécédent lié aux stupéfiants de l'appelant renforce encore ces charges. Au regard des affirmations des consommateurs entendus, considérées comme crédibles (cf. supra consid. B.g.d.), la quantité de cocaïne leur ayant été vendue par l'appelant peut être estimée à 129 gr, au total, dans la fourchette inférieure la plus favorable au prévenu. S'y ajoutent les 11 boulettes de cocaïne d'un poids d'environ 10 gr susmentionnées, ce qui porte la quantité totale de cocaïne vendue par le prévenu ou qu'il destinait à la vente à 139 gr. En l'absence d'analyse du taux de pureté des stupéfiants encore disponibles et conformément à la jurisprudence en la matière, le taux de pureté moyen a valablement été fixé à 20% par le premier juge. Avec un tel taux de pureté, correspondant par ailleurs au bas de la fourchette de celui du marché local, la quantité de drogue pure dépasse déjà le seuil minimal de 18 gr suffisant pour mettre la vie de nombreuses personnes en danger ($139 \text{ gr} \times 20\% = 27,8 \text{ gr}$). La culpabilité de l'appelant s'agissant de la violation grave de la LStup sera, partant, confirmée.

E. 4

L'infraction grave à la LStup (art. 19 al. 1 let. c et d et al. 2 let. a LStup) est passible d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de vingt ans au plus, tandis que le séjour illégal (art. 115 al. 1 LEI) est passible d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou

d'une peine pécuniaire. 4.1.1. Selon l'art. 47 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), 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). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 p. 61).

4.1.2. En matière de trafic de stupéfiants, il y a lieu de tenir compte, plus spécialement, des circonstances suivantes. 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 (ATF 138 IV 100 consid. 3.2 p. 103). 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 ; ATF 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). L'étendue du trafic entrera également en considération. Un trafic purement local sera en règle générale considéré comme moins grave qu'un trafic avec des ramifications internationales. 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 ; à cela s'ajoute que 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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_189/2017 du 7 décembre 2017 consid. 5.1 et les références). S'agissant d'apprécier les mobiles qui ont poussé l'auteur à agir, le juge doit distinguer le cas de celui qui est lui-même toxicomane et agit pour financer sa propre consommation de celui qui participe à un trafic uniquement poussé par l'appât du gain (arrêts du Tribunal fédéral 6B_189/2017 du 7 décembre 2017 consid. 5.1 ; 6B_843/2014 du 7 avril 2015 consid. 1.1.1).

Outre les éléments qui portent sur l'acte lui-même, le juge doit prendre en considération la situation personnelle du délinquant, à savoir sa vulnérabilité face à la peine, ses obligations familiales, sa situation professionnelle, les risques de récidive, etc. Il faudra enfin tenir compte des antécédents, qui comprennent aussi bien les condamnations antérieures que les circonstances de la vie passée. Enfin, le comportement du délinquant lors de la procédure peut aussi jouer un rôle. Le juge pourra atténuer la peine en raison de l'aveu ou de la bonne

coopération de l'auteur de l'infraction avec les autorités policières ou judiciaires notamment si cette coopération a permis d'élucider des faits qui, à ce défaut, seraient restés obscurs (ATF 121 IV 202 consid. 2d/aa p. 204 ; ATF 118 IV 342 consid. 2d p. 349).

4.1.3. 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 [éds], Basler Kommentar Strafrecht I : Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz , 3ème éd., 2013, n. 130 ad art. 47 CP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1202/2014 du 14 avril 2016 consid. 3.5.). 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 , 2009, n. 55 ad art. 47 CP). Une série d'infractions semblables pèse plus lourd que des actes de nature différente. Les condamnations passées perdent de leur importance avec l'écoulement du temps (ATF 135 IV 87 consid. 2 p. 89).

4.1.4. Conformément à l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison 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. Lorsqu'il s'avère que les peines envisagées concrètement sont de même genre, l'art. 49 al. 1 CP impose au juge, dans un premier temps, de fixer la peine pour l'infraction abstraitement - d'après le cadre légal fixé pour chaque infraction à sanctionner - la plus grave, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il augmentera cette peine pour sanctionner chacune des autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (ATF 127 IV 101 consid. 2b p. 104 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_688/2014 du 22 décembre 2017 consid. 27.2.1 ; 6B_1175/2017 du 11 avril 2018 consid. 2.1). Lorsque les différentes infractions sont étroitement liées sur les plans matériel et temporel, de sorte qu'elles ne peuvent pas être séparées et être jugées pour elles seules, le juge ne viole pas le droit fédéral s'il ne détermine pas pour chaque infraction une peine hypothétique, mais fixe une peine de manière globale (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1011/2014 du 16 mars 2015 consid. 4.4). Le juge a l'obligation d'aggraver la peine en cas de concours d'infraction (ATF 103 IV 225 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1216/2017 du 11 juin 2018 consid. 1.1.1).

4.2.1. À l'aune de l'art. 2 CP, la réforme du droit des sanctions, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, est en règle générale moins favorable à la personne condamnée (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI [éds], Code pénal - Petit commentaire , 2e éd., Bâle 2017, Rem. prélim. ad art. 34 à 41 CP, n. 6), sauf notamment en ce qui concerne les conséquences d'une révocation de sursis, l'art. 46 al. 1 nouveau CP prévoyant que si la peine dont le sursis est révoqué et la nouvelle peine prononcée sont du même genre, le juge fixe une peine d'ensemble en appliquant par analogie l'art. 49 al. 1 CP. En l'espèce, les faits reprochés ont été commis avant l'entrée en vigueur du nouveau droit des sanctions. Vu la révocation du sursis (cf. infra consid. 4.3.), le nouveau droit des sanctions paraît plus favorable à l'appelant. Il sera partant appliqué.

4.2.2. Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (let. a) ou s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée (let. b).

4.2.3. Dans le cas des peines privatives de liberté qui excèdent la limite fixée pour l'octroi du sursis (soit entre deux et trois ans), l'art. 43 CP s'applique de manière

autonome. En effet, exclu dans ces cas (art. 42 al. 1 CP), le sursis complet est alors remplacé par le sursis partiel pour autant que les conditions subjectives en soient remplies. Le but de la prévention spéciale trouve alors ses limites dans les exigences de la loi qui prévoit dans ces cas qu'une partie au moins de la peine doit être exécutée en raison de la gravité de la faute commise (ATF 134 IV 1 consid. 5.5.1 p. 14). Les conditions subjectives permettant l'octroi du sursis (art. 42 CP), à savoir les perspectives d'amendement, valent en revanche également pour le sursis partiel prévu à l'art. 43 CP dès lors que la référence au pronostic ressort implicitement du but et du sens de cette dernière disposition. Ainsi, lorsque le pronostic quant au comportement futur de l'auteur n'est pas défavorable, la loi exige que l'exécution de la peine soit au moins partiellement suspendue. En revanche, un pronostic défavorable exclut également le sursis partiel. En effet, s'il n'existe aucune perspective que l'auteur puisse être influencé de quelque manière par un sursis complet ou partiel, la peine doit être entièrement exécutée (ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1 p. 10 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_129/2015 du 11 avril 2016 consid. 3.1 non reproduit in ATF 142 IV 89). Les conditions subjectives auxquelles l'art. 42 CP soumet l'octroi du sursis intégral s'appliquent également à l'octroi du sursis partiel (ATF 139 IV 270 consid. 3.3 p. 277 ; ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1 p. 10). Par conditions subjectives, il faut entendre notamment la condition posée à l'art. 42 al. 2 CP (ATF 134 IV 1 consid. 4.2 et 4.2.3 p. 5 ss).

E. 4.3

L'appelant ne conteste à juste titre pas le genre de peine sanctionnant les délits, mais en demande la réduction et l'octroi d'un sursis. En l'espèce, sa faute peut être qualifiée d'importante. Il s'est livré à un trafic de cocaïne, une drogue dure, pendant plusieurs années, soit depuis 2016 à tout le moins, selon les témoignages de certains consommateurs. Ce trafic a porté sur une quantité de drogue pure propre à mettre en danger la santé de nombreuses personnes. La liste des clients du prévenu était conséquente, la police en ayant identifié potentiellement 80 dans son téléphone, même si 30 seulement ont finalement été entendus et que 14 d'entre eux l'ont formellement reconnu. Il ressort des auditions de ces derniers qu'il s'agissait pour certains d'entre eux de clients fidèles, ce qui démontre que l'appelant n'a pas agi de manière ponctuelle seulement, mais s'est volontairement inscrit durablement dans la délinquance. Il est en outre demeuré illégalement sur le territoire suisse durant une période pénale à tout le moins d'environ quatre ans, alors que sa demande d'asile avait été rejetée en 2013 et qu'il faisait l'objet d'une décision de renvoi. Son mobile, qui relève de l'appât du gain facile, est purement égoïste. Sa situation personnelle, certes précaire, ne justifie pas ses actes, ce d'autant moins qu'elle est la conséquence de sa décision de rester illégalement en Suisse. Sa collaboration est nulle, tout comme sa prise de conscience, dès lors qu'il n'a pas cessé de nier sa culpabilité, de fournir aux autorités des explications fantaisistes s'agissant de son implication dans le trafic de stupéfiants, et à s'obstiner à affirmer ne pas avoir su qu'il n'était pas autorisé à demeurer sur le territoire suisse. Il n'a par ailleurs jamais mesuré la portée de ses actes et leurs conséquences. Sa récidive démontre qu'il n'a pas tiré de leçon de ses précédentes condamnations. Les antécédents judiciaires de l'appelant sont récents et spécifiques, portant sur des infractions à la LStup et à la LEI (aLEtr), ce qui démontre que les condamnations dont il a fait l'objet n'ont eu aucun impact sur son comportement. Le pronostic quant à son comportement futur est clairement défavorable, dans la mesure où il a délibérément persisté dans ses agissements délictueux en dépit de ses condamnations des 12 mars 2014 et 12 septembre 2016 et du sursis lui ayant été octroyé en 2014, non révoqué par la CPar en 2016 mais dont la durée du délai d'épreuve a été prolongée d'une année et six mois. La situation

personnelle actuelle du prévenu n'est pas meilleure que celle préexistant au moment des infractions et il ne démontre pas avoir changé d'attitude. Une peine ferme s'impose dans ces conditions, de même que la révocation du sursis du 12 mars 2014 (peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 30.-). Il y a concours d'infractions entre les art. 19 al. 1 let. c et d et al. 2 let. a LStup, et 115 al. 1 let. b LEI, ce qui commande une augmentation de la peine dans une juste proportion et exclut l'application de la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier du 16 décembre 2018 (Directive sur le retour) (arrêt du Tribunal fédéral 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.2). Comme développé à bon escient par le premier juge, la peine plancher de l'infraction grave à la LStup est une peine privative de liberté d'un an. L'infraction de séjour illégal, elle, peut être sanctionnée par une peine privative d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Eu égard à la récidive spécifique de l'appelant, le séjour illégal doit également être puni d'une peine privative de liberté, seule à même de le détourner de la commission de nouvelles infractions. Au regard de ce qui précède et tout bien pesé, la peine de 18 mois fixée par le Tribunal de police apparaît proportionnée et adéquate et sera par conséquent confirmée.

E. 5

5.1. Conformément à l'art. 66a al. 1 CP, le juge expulse un étranger du territoire suisse pour une durée de cinq à quinze ans s'il est reconnu coupable de l'une des infractions énumérées aux let. a à o. La let. o prévoit que tel est le cas si l'étranger a commis une infraction à l'art. 19 al. 2 LStup notamment. Selon l'al. 2 de cette disposition, il peut néanmoins être renoncé à l'expulsion, exceptionnellement, lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur son intérêt à demeurer en Suisse, la situation de celui qui est né et a grandi en Suisse méritant une prise en compte particulière (AARP/119/2017 du 20 mars 2017 consid. 4.1). Dans son projet du 26 juin 2013, le Conseil fédéral avait considéré que le principe de la proportionnalité - au sens strict - commandait de conditionner l'expulsion du prévenu à un acte d'une certaine gravité, qui résulterait à la fois de la sanction prévue par la loi et de la peine prononcée dans le cas concret (Message concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire [mise en oeuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels], FF 2013 5423). Le législateur n'a toutefois pas retenu les seuils minimaux proposés par le Conseil fédéral. Ainsi, l'art. 66a CP prévoit l'expulsion "obligatoire" de l'étranger condamné pour l'une des infractions ou combinaison d'infractions listées à l'al. 1, quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre. L'expulsion est donc également en principe indépendante de la gravité des faits retenus (arrêt du Tribunal fédéral 6B_506/2017 du 14 février 2018 consid. 1.1 = SJ 2018 I 397 ; A. BONARD, Expulsion pénale : la mise en oeuvre de l'initiative sur le renvoi, questions choisies et premières jurisprudences, in *Forumpoenale* 5/2017 p. 315 ; G. FIOLKA / L. VETTERLI, Die Landesverweisung in Art. 66a ff StGB als strafrechtliche Sanktion, in *Plädoyer* 5/2016 p. 84). 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. 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 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 (cf. art. 30 al. 1 let. b ou 50 al. 1 let. b et 84 al. 5 de la loi fédérale sur les étrangers [LEtr - RS 142.20], ainsi que l'art. 14 de la loi sur l'asile [LAsi - RS 142.31]). 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 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA - RS 142.201) et de la jurisprudence y relative, dans le cadre de l'application de l'art. 66a al. 2 CP. 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). La jurisprudence rendue en droit des étrangers retient que la révocation de l'autorisation d'établissement d'un étranger qui séjourne depuis longtemps en Suisse doit se faire avec une retenue particulière. Elle n'est toutefois pas exclue en cas d'infractions graves ou répétées, même s'agissant d'un étranger né en Suisse et qui y a passé l'entier de sa vie. On tiendra alors particulièrement compte de l'intensité des liens de l'étranger avec la Suisse et des difficultés de réintégration dans son pays d'origine (ATF 144 IV 332 consid. 3.3.3 et les arrêts cités). 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 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 ne doit pas être adoptée. Une pesée des intérêts en présence doit lui être préférée, 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 (ATF 134 II 10 consid. 4.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_661/2019 du 12 septembre 2019 consid. 3.3.1 et 3.3.2 et référence citée). 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_1192/2018 du 23 janvier 2019 consid. 2.1.2 et

références citées). La reconnaissance d'un cas de rigueur ne se résume pas 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. FIOKA / 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).

E. 5.2

En l'espèce, l'appelant est notamment condamné pour infraction grave à la LStup, dont il est fait mention à l'art. 66a al. 1 let. o CP comme infraction donnant lieu à l'expulsion obligatoire. Il est arrivé en Suisse en 2012 en provenance d'Afrique et y a déposé une demande d'asile, de laquelle il a définitivement été débouté en 2013. Il a affirmé n'avoir jamais quitté le pays depuis son arrivée. Il s'est livré à un trafic de stupéfiants à tout le moins entre 2016 et 2019. La durée de son séjour en Suisse est certes longue, mais sa portée doit être relativisée puisqu'elle n'a jamais été autorisée. L'appelant y a vécu durant six ans sous le coup d'une décision de renvoi et dans l'illégalité, s'adonnant de plus à un trafic de stupéfiants pour subvenir à ses besoins. Cette attitude, qui démontre son manque de respect de l'autorité et des lois, ne saurait être prise en compte en sa faveur, son long séjour en Suisse étant la conséquence d'un comportement illicite, et non d'une tolérance particulière des autorités, il ne peut donc pas être retenu dans l'appréciation des conditions du prononcé d'une expulsion. L'appelant ne s'est pas intégré en Suisse et, du fait de son statut administratif, n'a jamais eu d'activité professionnelle déclarée. Il n'a pas de domicile fixe et affirme loger chez des amis. De surcroît, aucun membre de sa famille ne réside en Suisse, étant précisé que l'existence d'une fille à Fribourg n'est nullement démontrée, étant relevé qu'il ne l'a au demeurant pas reconnue et refusé de donner l'identité de sa mère. Partant, cette information, qui ne peut pas être vérifiée, ne sera pas retenue. L'intérêt public au renvoi de l'appelant est prépondérant, au regard de la gravité des infractions présentement sanctionnées et du risque de récidive découlant du statut administratif de l'appelant, qui l'empêche de facto de gagner sa vie en toute légalité. Il est encore relevé que l'appelant fait déjà l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse en vigueur jusqu'au 24 octobre 2023, à laquelle il doit en tout état de cause se conformer. Au vu de ce qui précède, l'expulsion prononcée par le Tribunal de police, dont la durée correspond au minimum légal, doit être confirmée.

E. 6

Les motifs ayant conduit le premier juge à prononcer, par ordonnance séparée OTDP/1639/2019 du 22 août 2019, le maintien de A_____, appelant, en détention pour des motifs de sûreté sont toujours d'actualité, de sorte que la mesure sera reconduite mutatis mutandis (ATF 139 IV 277 consid. 2.2 à 2.3).

E. 7.1

L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État (art. 428 CPP).

E. 7.2

Il n'y a pas lieu de revoir la répartition des frais de première instance dans la mesure où le jugement du Tribunal de police est intégralement confirmé.

E. 8

Par identité de motifs, l'appelant ne saurait prétendre à une quelconque indemnité fondée sur l'art. 429 al. 1 let. c CPP.

E. 9

9.1.1. Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office ou le conseil juridique gratuit (cf. art. 138 al. 1 CPP) est indemnisé conformément au tarif des avocats du canton du for du procès. L'art. 16 du règlement sur l'assistance juridique du 28 juillet 2010 (RAJ ; E 2 05.04) dispose que l'indemnité, en matière pénale, est calculée selon le tarif horaire suivant, débours de l'étude inclus : avocat stagiaire CHF 110.- (let. a) ; collaborateur CHF 150.- (let. b) ; chef d'étude CHF 200.- (let. c). En cas d'assujettissement, l'équivalent de la TVA est versé en sus. 9.1.2. Conformément à l'art. 16 al. 2 RAJ, seules les heures nécessaires sont retenues. Elles sont appréciées en fonction notamment de la nature, de l'importance, et des difficultés de la cause, de la valeur litigieuse, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu. 9.1.3. Il est admis que l'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure soit forfaitairement majorée de 20% jusqu'à 30 heures de travail décomptées depuis l'ouverture de la procédure, 10% lorsque l'état de frais porte sur plus de 30 heures, pour couvrir les démarches diverses, telles la rédaction de courriers ou notes, les entretiens téléphoniques et la lecture de communications, pièces et décisions (arrêt du Tribunal fédéral 6B_838/2015 du 25 juillet 2016 consid. 3.5.2 ; voir aussi les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2016.34 du 21 octobre 2016 consid. 4.1 et 4.2 et BB.2015.85 du 12 avril 2016 consid. 3.5.2 et 3.5.3).

E. 9.2

En l'occurrence, l'état de frais produit par le conseil de l'appelant paraît adéquat et conforme aux dispositions et principes qui précèdent, de sorte qu'il sera admis sans en reprendre le détail. En conclusion, l'indemnité sera arrêtée à CHF 2'073.20 correspondant à 8h45 heures d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 1'750.-), plus la majoration forfaitaire de 10% (compte tenu de l'activité indemnisée en première instance ; CHF 175.-) et l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% en CHF 148.20. * * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.