

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/3963/2008

ACJP/249/2008

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre pénale

Audience du lundi 24 novembre 2008

Entre

Monsieur X_____, actuellement détenu, comparant par Me Arnaud MOUTINOT, avocat-stagiaire, partie appelante d'un jugement rendu par le Tribunal de police le 28 juillet 2008,

et

LE PROCUREUR GENERAL de la République et canton de Genève, en son Parquet, Palais de justice, place du Bourg-de-Four à Genève, partie intimée.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par pli(s) recommandé(s) du 24 novembre 2008

Copie à l'OCP, au MPF et au SDC

EN FAIT

- A.** Par jugement du 28 juillet 2008, notifié le 31 juillet suivant à X_____, le Tribunal de police l'a reconnu coupable d'infraction à la loi fédérale sur les stupéfiants (art. 19 ch. 1 LStup) et de recel (art. 160 al. 1 CP). Il a révoqué le sursis partiel accordé le _____ 2007 par la Cour correctionnelle de Genève (peine privative de liberté de 2 ans pour tentative de viol, avec sursis partiel pour 12 mois et délai d'épreuve de 5 ans) et l'a condamné à une peine privative de liberté d'ensemble de 18 mois, sous déduction de 4 mois et 15 jours de détention avant jugement, le tout avec suite de frais.

Selon la feuille d'envoi, il est reproché à X_____ d'avoir vendu 312 grammes de cocaïne à 7 toxicomanes et 15 boulettes de cette même drogue à un autre, ainsi que 955 grammes de marijuana à 3 toxicomanes. Il lui est également reproché d'avoir acquis une montre dont il savait ou devait présumer qu'elle avait été obtenue au moyen d'une infraction contre le patrimoine.

- B.** Par courrier déposé au greffe du Tribunal de police le 14 août 2008, X_____ a déclaré faire appel du jugement du 28 juillet 2008.

Lors de l'audience du 14 octobre 2008 devant la Chambre pénale, il n'a pas contesté les faits retenus par le Tribunal de police. Il a en revanche contesté le jugement en tant que le Tribunal avait révoqué le sursis qui lui avait été accordé par la Cour correctionnelle et ne l'avait pas fait bénéficier d'un nouveau sursis. Son parcours démontrait l'échec du système carcéral. Il avait changé grâce à son amie et avait arrêté de consommer des stupéfiants. Il n'avait plus de contact avec ses anciennes fréquentations, et ne souhaitait plus en avoir. Une assistance de probation au sens de l'art. 93 CP pouvait au surplus être prononcée et il était disposé à effectuer un travail d'intérêt général.

Le Ministère public a conclu à la confirmation du jugement, avec suite de frais.

- C.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. La police a mené pendant plusieurs semaines une enquête à l'encontre de personnes actives dans le trafic de stupéfiants, au cours de laquelle elle a observé à différentes reprises X_____ en compagnie de toxicomanes.

Le 13 mars 2008 vers 11h00, elle l'a interpellé alors qu'il sortait d'un logement qu'il occupait occasionnellement au 11, rue _____, trouvant sur lui un téléphone portable, la somme de 651 fr. 10, ainsi que 2 grammes de cocaïne.

La police a par ailleurs procédé à une visite domiciliaire des deux appartements occupés, notamment, par X_____. Au 11, rue _____, la police a trouvé 3,1

grammes de marijuana, 6,3 grammes bruts de cocaïne, un autre téléphone portable, les sommes de 955 EUR et 600 CHF, ainsi qu'une montre IWC – d'une valeur à neuf de 12'400 fr., dont il s'est avéré qu'elle avait été volée le _____ 2008. Au 27, rue _____, ont été trouvés 1,4 gramme brut de cocaïne, 22,8 grammes de marijuana et la somme de 840 fr.

b. A la police, X_____ a déclaré être en Suisse depuis 3 ans, d'abord en ville de Berne, puis à Genève, avoir obtenu un permis N, qui était échu depuis longtemps et donc, séjourner illégalement en Suisse. Il a reconnu s'adonner au trafic de drogue et vendre de la cocaïne depuis environ 2 mois, à raison de 2 fois par semaine, à chaque fois pour environ 2 ou 3 grammes au prix de 70 fr. le gramme. Il se fournissait auprès de ressortissants guinéens des Pâquis et faisait un bénéfice de 20 fr. par gramme vendu. Il lui paraissait dès lors exact d'affirmer qu'il avait vendu un minimum de 32 grammes de cocaïne et avait réalisé un bénéfice de 640 fr.

Concernant la montre IWC, X_____ a indiqué l'avoir achetée à un Albanais surnommé Z_____, trois ou quatre jours auparavant, pour la somme de 50 fr. Il pensait bien que cette montre avait été volée, mais il était étranger à la commission de ce délit.

c. A la suite de l'interpellation de X_____, la police a procédé à l'audition de plusieurs toxicomanes, dont elle a trouvé les numéros dans la mémoire du téléphone portable de celui-ci.

Les quantités totales imputées à X_____ par les 11 acheteurs entendus, correspondant à différents achats effectués pendant plusieurs mois – huit, selon plusieurs d'entre eux –, sont de 323 grammes de cocaïne (dont 200 grammes, sur deux ans, pour une seule consommatrice, A_____) et 118 grammes de marijuana, ainsi que l'équivalent de 450 fr. de marijuana. Les prix donnés par les différents consommateurs concordaient, à savoir 100 fr. le gramme de cocaïne et 10 fr. le gramme de marijuana.

d. Devant le Juge d'instruction, certains des toxicomanes entendus par la police ont confirmé leurs précédentes déclarations selon lesquelles X_____ leur avait vendu de la cocaïne ou de la marijuana. Celui-ci n'a pas contesté leurs dires, mais a affirmé que certaines des quantités annoncées étaient supérieures à celles qu'il avait vendues.

D'autres toxicomanes ne se sont en revanche pas présentés, soit notamment A_____, à qui X_____ a contesté avoir vendu 200 grammes de cocaïne, et B_____, X_____ expliquant à ce propos que s'il allait parfois fumer avec les filles qui travaillaient dans le salon de massage de celle-ci, il n'y avait jamais vendu les 70 grammes de cocaïne indiqués.

e. Devant le Tribunal de police, X_____ a partiellement admis les faits retenus par la feuille d'envoi, contestant notamment les déclarations à la police de A_____ et B_____; il a également déclaré avoir été en prison pendant une partie de la période couvrant les faits qui lui étaient reprochés. L'un des toxicomanes, C_____, avait en outre déclaré lui avoir vendu 90 grammes de marijuana, et non 920 grammes, comme indiqué dans la feuille d'envoi.

f. Par jugement du 28 juillet 2008, le Tribunal de police a considéré qu'il pouvait être retenu à l'encontre d'X_____ qu'il avait vendu, à tout le moins, 44 grammes de cocaïne et 155 grammes de marijuana, ne prenant pas en compte les quantités indiquées par A_____ et B_____. Il devait donc être reconnu coupable d'infraction à l'art. 19 ch. 1 LStup. X_____ ne pouvait, au surplus, pas ignorer que la montre IWC qu'il avait achetée provenait d'un vol et il s'était dès lors rendu coupable de recel (art. 160 CP). La révocation du sursis accordé par la Cour correctionnelle se justifiait par ailleurs compte tenu de la gravité de sa faute et une peine privative de liberté d'ensemble, de 18 mois, devait être prononcée, sans que X_____ puisse bénéficier du sursis.

D. X_____ est né le _____ à Abidjan (Côte d'Ivoire). Il a fui son pays après s'être engagé quelque temps dans la rébellion ivoirienne et il est arrivé en Suisse en 2004, où il séjourne actuellement de manière illégale. Il est célibataire et sans enfants, mais a une relation avec D_____ depuis le début de l'année 2008. Il n'a pas de domicile fixe, ni de profession et n'a pas de formation particulière. Avant son arrestation, il avait effectué quelques menus travaux non qualifiés, et avait fait à quelques reprises de l'exportation de voitures d'occasion vers l'Afrique. Il a déclaré vouloir entamer une formation dans la mécanique.

Devant le Tribunal de police, D_____, entendue comme témoin, a déclaré qu'il ne lui avait pas semblé que X_____ était particulièrement nanti ou menait grand train; ils n'avaient toutefois pas cohabité, et elle ne savait pas à quoi il employait son temps lorsqu'ils n'étaient pas ensemble. Devant la Chambre pénale, elle a confirmé ses précédentes déclarations, ajoutant que X_____ avait compris qu'il ne pouvait pas continuer dans cette voie et qu'il devait changer. Ils avaient des projets d'avenir et souhaitaient repartir sur de nouvelles bases. Selon elle, X_____ saurait, le cas échéant, saisir sa chance.

X_____ a été condamné à cinq reprises, à Genève, entre le _____ 2004 et le _____ 2007, à des peines d'emprisonnement de 40 jours à 24 mois pour diverses infractions, à savoir, des délits contre loi fédérale sur les stupéfiants en 2004 et 2005 (peine d'emprisonnement de 50 jours avec sursis et 40 jours par le Juge d'instruction), vol, opposition aux actes de l'autorité et violation d'une mesure de contrainte en matière de droit des étrangers en 2004 (peine d'emprisonnement 2 mois par le Juge d'instruction), violation de domicile en 2006 (peine d'emprisonnement de 15 jours avec sursis par le Ministère public) et tentative de

viol en 2007 (peine privative de liberté de 24 mois, dont 12 avec sursis avec délai d'épreuve de 5 ans, par la Cour correctionnelle).

EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 241 et 242 CPP).
2. L'appelant ne conteste pas les faits tels qu'ils ont été retenus par le Tribunal de police.

Au vu des éléments figurant à la procédure il convient d'admettre que ceux-ci constituent une infraction à l'art. 19 ch. 1 LStup, compte tenu de la quantité brute de 44 grammes de cocaïne et 155 grammes de marijuana vendue, sans qu'il y ait lieu d'examiner, compte tenu de l'interdiction de la *reformatio in peius*, si l'art. 19 ch. 2 lit. a LStup aurait dû être retenu. Il convient également d'admettre que l'appelant s'est rendu coupable de recel (art. 160 CP) en acquérant une montre dont il a déclaré qu'il pensait bien qu'elle avait été volée.

3. L'appelant conteste en revanche la révocation du sursis qui lui avait été accordé par la Cour correctionnelle.

3.1 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 (art. 46 al. 1 1^{ère} phrase CP). Seul un pronostic défavorable peut justifier la révocation; à défaut d'un tel pronostic, le juge doit renoncer à la révocation. Autrement dit, la révocation ne peut être prononcée que si la nouvelle infraction laisse entrevoir une réduction sensible des perspectives de succès de la mise à l'épreuve (*cf.* Message du 21 septembre 1998 du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 II, p. 1862).

3.2 En l'espèce, il apparaît que l'appelant, alors qu'il avait bénéficié, le _____ 2007, d'une peine privative de liberté assortie d'un sursis partiel, n'a pas hésité, très peu de temps après, à s'adonner au trafic de stupéfiants. L'appelant a par ailleurs déjà deux antécédents en matière d'infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants dont il ne peut être fait abstraction, même s'ils remontent à 2004 et 2005 et il a été régulièrement condamné pour des infractions de diverse nature. Il convient enfin de relever que son amie, avec laquelle il entretient une liaison depuis le début de l'année 2008 n'a pas représenté une motivation suffisante pour lui faire abandonner ses activités délictueuses et qu'aucun élément ne permet de penser qu'il en irait différemment à l'avenir. Il doit dès lors être admis que si un pronostic incertain avait été posé par la Cour correctionnelle, celui-ci s'est

fortement péjoré du fait des nouvelles infractions reprochées à l'appelant, au point qu'il en est devenu défavorable.

C'est donc à juste titre que le Tribunal de police a révoqué le sursis accordé par la Cour correctionnelle le _____ 2007.

4. Cela étant, il convient de se demander si le Tribunal de police pouvait fixer une peine d'ensemble

4.1 Selon l'art. 46 al. 1 2^{ème} phrase CP, le juge peut modifier le genre de la peine révoquée pour fixer, avec la nouvelle peine, une peine d'ensemble conformément à l'art. 49 CP. La fixation de la peine après révocation du sursis pose toutefois des problèmes différents du concours (ATF 134 IV 241 consid. 4.3), ainsi que des problèmes tenant au fait que certaines peines touchent moins sévèrement le condamné que d'autres (*cf.* SCHNEIDER/GARRE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2^{ème} éd., 2007, n. 30 ad art. 46 CP) et sont, de par leur nature, plus clémentes, telle, par exemple, la peine pécuniaire ou le travail d'intérêt général par rapport à une peine privative de liberté. Ainsi, en vertu du principe de la proportionnalité, il y a lieu en règle générale, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute, de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement (ATF 134 IV 82, consid. 4.1). Enfin, le prononcé d'une peine d'ensemble constitue une possibilité offerte au juge, mais non une obligation.

4.2 En l'espèce, le Tribunal de police n'a pas modifié le genre de la peine révoquée, soit la peine privative de liberté infligée par la Cour correctionnelle, puisqu'il a prononcé, à titre de peine d'ensemble, une telle peine. Il paraît dès lors, pour ce premier motif, douteux qu'il puisse être fait application de l'art. 46 al. 1 2^{ème} phrase CP. Au surplus, dans la mesure où la peine suspendue était de 12 mois et où la peine infligée est de 18 mois, la peine prononcée par le Tribunal de police pour les actes reprochés à l'appelant dans le cadre de la présente procédure peut être évaluée à 6 mois. Une peine pécuniaire pouvait dès lors être envisagée alors que, du fait de la fixation d'une peine d'ensemble, supérieure à 12 mois, seule une peine privative de liberté, plus sévère quant à sa nature, pouvait être prononcée.

Au vu de ce qui précède, le jugement entrepris sera annulé en tant qu'il a fixé une peine d'ensemble et une nouvelle peine sera fixée, portant sur les seuls faits qui sont reprochés à l'appelant dans le cadre de la présente procédure.

5. Il convient donc de déterminer quelle peine, quant à sa nature, doit être infligée à l'appelant.

5.1 Dans la conception de la nouvelle partie générale du Code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale. Les peines privatives de liberté ne

doivent être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Quant au travail d'intérêt général, il suppose l'accord de l'auteur. La peine pécuniaire et le travail d'intérêt général représentent des atteintes moins importantes et constituent ainsi des peines plus clémentes. Cela résulte également de l'intention essentielle, qui était au cœur de la révision de la partie générale du Code pénal en matière de sanction, d'éviter les courtes peines de prison ou d'arrêt, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, et de leur substituer d'autres sanctions (ATF 134 IV 97, consid. 4 ; ATF 134 IV 60, consid. 4.3).

La peine pécuniaire ne se résume pas à la seule privation de moyens financiers. Son sens et son but résident dans la restriction apportée au standard de vie ainsi qu'aux possibilités de consommation qui en résultent. Selon le législateur, la peine pécuniaire doit aussi pouvoir être prononcée à l'encontre d'auteurs dont les revenus sont faibles, très faibles ou n'atteignent même pas le minimum vital, à défaut de quoi, des peines privatives de liberté seraient fréquemment infligées parce que la peine pécuniaire apparaîtrait inadéquate. Cela contredirait fondamentalement l'intention centrale à la base de la révision. En tant que la peine pécuniaire touche précisément à ce qui est nécessaire aux auteurs démunis pour vivre, elle est d'autant plus clairement sensible pour ces derniers. Il n'y a pas place non plus selon le Message pour une peine pécuniaire qui ne puisse être acquittée, sous réserve de la faute de l'auteur ou d'événements imprévisibles. C'est pourquoi le législateur a expressément renoncé à fixer un seuil minimal à la peine pécuniaire. Le prononcé d'une peine pécuniaire modique est ainsi possible à l'encontre des personnes ne réalisant qu'un faible revenu ou qui sont démunies, tels les bénéficiaires de l'aide sociale, les personnes sans activité professionnelle, celles qui s'occupent du ménage ou encore les étudiants, par exemple (ATF 134 IV 97, consid. 5.2.3).

Celui qui s'est rendu coupable d'une infraction à l'art. 19 ch. 1 LStup est passible, s'il a agi intentionnellement, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

5.2 En l'espèce, il doit être admis que la peine prononcée à l'appelant pour les faits qui lui sont reprochés dans le cadre de la présente procédure ne devrait pas dépasser 360 jours-amende, de sorte qu'une peine pécuniaire est envisageable. Une telle peine étant la règle, selon le Tribunal fédéral, y compris à l'égard de personnes démunies et sans activité professionnelle, elle doit ainsi être prononcée, en lieu et place d'une peine privative de liberté, même si l'appelant ne dispose pas de revenus.

L'appelant a donné son accord pour effectuer des travaux d'intérêt général. Toutefois, dans la mesure où il ne bénéficie d'aucun titre pour séjourner en Suisse, l'exécution d'une telle peine, qui suppose précisément qu'il y séjourne, ne constitue pas une solution.

6. La quotité de la peine doit enfin être fixée.

6.1 Conformément à l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération ses antécédents et sa situation personnelle 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).

Dans le domaine spécifique des infractions à la LStup, les principes applicables ont été récemment rappelés à l'ATF 6B_408/2008 du 14 juillet 2008, consid. 4.2, auquel il est possible de se référer. Il sera rappelé que même si la quantité de la drogue ne joue pas un rôle prépondérant, elle constitue sans conteste un élément important, que le nombre d'opérations constitue un indice pour mesurer l'intensité du comportement délictueux et qu'outre les éléments qui portent sur l'acte lui-même, le juge doit prendre en considération la situation personnelle du délinquant, à savoir notamment les raisons qui ont poussé l'auteur à agir, selon qu'il est lui-même toxicomane ou qu'il participe à un trafic uniquement poussé par l'appât du gain, ainsi que ses antécédents ou son comportement lors de la procédure.

6.2 En l'espèce, l'appelant a régulièrement vendu, pendant plusieurs mois, de la cocaïne et de la marijuana à plusieurs toxicomanes. Il avait par ailleurs déjà été condamné pour la même infraction à deux reprises par le passé, ce qui ne l'a nullement dissuadé de poursuivre ses activités délictueuses. Il doit en revanche être tenu compte de la bonne collaboration de l'appelant, qui n'a pas nié les faits qui lui sont reprochés.

Au vu de ces éléments, une peine pécuniaire de 180 jours-amende doit être prononcée.

Compte tenu de la situation financière de l'appelant, qui ne dispose d'aucun revenu, le montant du jour-amende sera fixé à 10 fr.

7. Il convient enfin de se prononcer sur la question du sursis, l'appelant contestant qu'il n'en remplisse pas les conditions.

7.1 Si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (art. 42 al. 2), soit de circonstances qui empêchent que l'infraction antérieure ne détériore le pronostic (Message du 21 septembre 1998 du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi

qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 II, p. 1855). Il s'agit, autrement dit, de déterminer s'il existe des circonstances si favorables qu'elles compensent tout au moins la crainte résultant de l'indice défavorable constitué par l'antécédent. Tel peut être le cas lorsque les faits les plus récents n'ont aucun rapport avec le jugement antérieur ou encore en cas de modification particulièrement positive dans la vie de l'auteur (ATF 134 IV 1, consid. 4.2.3).

7.2 En l'espèce, il ne peut être retenu que les circonstances soient favorables, au contraire même, puisque, comme cela a déjà été relevé, l'appelant a fait l'objet de cinq condamnations en l'espace de 3 ans, dont deux pour violation de la loi fédérale sur les stupéfiants, et qu'aucune de celles-ci ne l'a incité à renoncer à ses activités délictueuses. Ses nouveaux liens affectifs ne sont pas suffisants pour modifier cette appréciation, ce d'autant que sa relation amoureuse ne l'a pas empêché de s'adonner au trafic de stupéfiants durant l'année 2008.

Le pronostic est ainsi défavorable et le sursis ne peut dès lors être octroyé à l'appelant pour la peine pécuniaire prononcée pour les faits faisant l'objet de la présente procédure.

- 8.** L'appelant, qui succombe sur l'essentiel, sera condamné aux frais d'appel (art. 97 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

A la forme :

Reçoit l'appel interjeté par X_____ contre le jugement JTP/986/2008 (Chambre 2) rendu le 28 juillet 2008 par le Tribunal de police dans la cause P/3963/2008.

Au fond :

Annule ce jugement en tant qu'il a révoqué le sursis partiel accordé le_____2007 par la Cour correctionnelle de Genève (peine privative de liberté de 2 ans pour tentative de viol, avec sursis partiel pour 12 mois, sous déduction de la détention subie avant jugement) et l'a condamné à une peine privative de liberté d'ensemble de 18 mois incluant la peine dont le sursis a été révoqué, sous déduction de la détention subie avant jugement.

Et, statuant à nouveau :

Condamne X_____ à une peine pécuniaire de 180 jours-amende.

Fixe le montant du jour-amende à 10 fr.

Révocque le sursis partiel accordé le_____2007 par la Cour correctionnelle de Genève.

Condamne X_____ aux frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émolument de 500 fr.

Siégeant :

Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, présidente; Messieurs Jacques DELIEUTRAZ et François PAYCHÈRE, juges; Monsieur William WOERNDLI, greffier.

La présidente :

Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE

Le greffier :

William WOERNDLI

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 par la voie du recours en matière pénale.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.