

VD_FINDINFO Jug / 2022 / 20 vom 3. Juni 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-06-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2022___20

FR: VD_FINDINFO Jug / 2022 / 20 du 3 juin 2021

IT: VD_FINDINFO Jug / 2022 / 20 del 3 giugno 2021

Regeste

IN DUBIO PRO REO, RUPTURE DE BAN, NE BIS IN IDEM, RESPONSABILITÉ RESTREINTE{DROIT PÉNAL}, PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ, CONSTATATION DES FAITS | 19 CP, 291 CP, 47 CP, 10 CPP (CH), 11 CPP (CH), 398 al. 3 let. b CPP (CH)

Erwägungen

E. 1

Interjetés dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP) par des parties qui ont la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), les appels sont recevables.

E. 1.5

et 1.9 ; TF 6B_1365/2019 du 11 mars 2020 consid. 2.3.1 et 2.3.4). Selon la CJUE, la Directive sur le retour s'oppose à l'emprisonnement d'un ressortissant étranger en séjour irrégulier pour la seule raison qu'il continue de se trouver de manière irrégulière sur le territoire de l'Etat après qu'un ordre de quitter le territoire national lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré. Une peine d'emprisonnement pour séjour illégal ne peut être infligée à un ressortissant étranger 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 (cf. ATF 147 IV 232 consid. 1.4 et les différents arrêts de la CJUE cités). A la lumière de la jurisprudence de la CJUE, le Tribunal fédéral a considéré que celui qui se rend coupable de rupture de ban au sens de l'art. 291 CP, ne peut être condamné à une peine privative de liberté que si toutes les mesures raisonnables ont été entreprises en vue de l'éloignement, respectivement si celui-ci a échoué en raison du comportement de l'intéressé (ATF 147 IV 232 consid. 1.2-1.4 et 1.6). Le Tribunal fédéral a toutefois considéré que la Directive sur le retour n'était pas applicable aux ressortissants des pays tiers ayant commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs autres délits en dehors du droit pénal sur les étrangers (ATF 143 IV 264 consid. 2.4 à 2.6 et les références citées).

E. 2

Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié (let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (let. b) et pour inopportunité (let. c) (al. 3). La voie de l'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel, laquelle ne peut se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier, mais doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé

d'un nouveau jugement (TF 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.2 ; TF 6B_481/2020 du 17 juillet 2020 consid. 1.2 ; TF 6B_952/2019 du 11 décembre 2019 consid. 2.1).

E. 3.1

Invoquant une constatation incomplète des faits et une violation du principe *in dubio pro reo*, [...] fait grief aux premiers juges de ne pas avoir retenu qu'il avait effectué un séjour aux Pays-Bas au cours de l'année 2020, de ne pas avoir tenu compte de pièces attestant du fait qu'il était resté en Suisse pour des raisons médicales et de ne pas avoir mentionné les éléments relatifs à son état de santé lorsqu'il a été interpellé le 19 septembre 2020.

E. 3.2.1

La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, in : Jeanneret et al. [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse [ci-après : CR CPP], 2^e éd., Bâle 2019, n. 19 ad art. 398 CPP et les références citées). L'art. 10 CPP dispose que toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (al. 1). Le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure (al. 2). Le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation (al. 3). La présomption d'innocence, garantie par les art. 10 CPP, 32 al. 1 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), 6 § 2 CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101) et 14 § 2 Pacte ONU II (Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; RS 0.103.2), ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, portent sur la répartition du fardeau de la preuve dans le procès pénal, d'une part, et sur la constatation des faits et l'appréciation des preuves, d'autre part. En tant que règle relative au fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie que toute personne prévenue d'une infraction pénale doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie et, partant, qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de celle-ci (ATF 127 I 38 consid. 2a, JdT 2004 IV 65 ; TF 6B_47/2018 du 20 septembre 2018 consid. 1.1). 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 (TF 6B_249/2021 du 13 septembre 2021 consid. 3.2). Dans cette mesure, la présomption d'innocence se confond avec l'interdiction générale de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans pertinence (ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1 ; ATF 145 IV 154 consid. 1.1 ; ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3, JdT 2019 IV 147). S'agissant de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens afin de

parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. Le juge peut fonder une condamnation sur un faisceau d'indices ; en cas de versions contradictoires, il doit déterminer laquelle est la plus crédible. En d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (Verniory, in : CR CPP, op. cit., n. 34 ad art. 10 CPP et les références citées).

E. 3.3

En l'espèce, V. _____ a été condamné à 5 ans d'expulsion par jugement du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne du 20 août 2018 (P. 4, 20 et 22). Les premiers juges ont retenu qu'il s'était rendu coupable de rupture de ban (art. 291 CP) pour avoir transgressé cette décision durant la période du 23 janvier 2020, date de sa sortie d'une précédente détention, au 17 octobre 2020, date de son interpellation par la police à la gare d'Yverdon (P. 22). Entendu par le Ministère public le 26 novembre 2020 (PV aud. 2, p. 2), le prévenu a déclaré qu'il avait quitté la Suisse environ dix jours après avoir été libéré de détention le 23 janvier 2020 et qu'il s'était rendu aux Pays-Bas où il aurait déposé une demande d'asile qui aurait été rejetée. Après un séjour de six à huit mois aux Pays-Bas, il aurait été refoulé en Suisse. Il aurait alors demandé au SPOP de pouvoir demeurer en Suisse le temps qu'on lui change sa prothèse de jambe, son projet étant de se rendre ensuite en Espagne. En substance, le prévenu a confirmé ces déclarations à l'audience de jugement, en précisant qu'il serait revenu des Pays-Bas en avion et que le SPOP lui aurait accordé deux ou trois mois de tolérance pour renouveler sa prothèse (jugement attaqué, p. 4). Devant la Cour de céans, le prévenu a affirmé qu'il était parti aux Pays-Bas le 16 mars 2020, tout en sachant qu'il pourrait être renvoyé puisqu'il ne bénéficiait d'aucune autorisation de séjour. Il se souviendrait de la date de son départ car il s'agissait de la date de son jugement par défaut. Il aurait voyagé en train, sans document d'identité et sans être contrôlé, en passant par la France et la Belgique. Le dossier du SPOP, tel que produit le 23 août 2021, comporte un écrit adressé le 31 août 2020 par le Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM) à la Police de Sécurité Internationale de l'aéroport de Genève-Cointrin intitulé « Transfert vers la Suisse de Monsieur V. _____, né le [...] 1988, alias [...], né le [...] 1988, Maroc (réf. : N [...]) ». Également produit par le prévenu à l'appui de son appel, ce document indique que le SEM a accepté, en vertu du Règlement de Dublin, une demande de reprise en charge des autorités hollandaises et autorisé un transfert du prévenu vers la Suisse. Il précise que l'intéressé arriverait à Genève le 3 septembre 2020 à 11 h 10, qu'il faudrait le laisser passer et qu'il devrait s'annoncer au SPOP à Lausanne (P. 58/2/5 et 72). Au vu de ce document et bien que l'appelant se soit contredit sur la date de son départ de Suisse, il faut retenir, au bénéfice du doute, qu'il a quitté ce pays le 16 mars 2021 et qu'il a vécu aux Pays-Bas jusqu'à son retour forcé en Suisse le 3 septembre 2020. Il en découle que la période durant laquelle le prévenu est resté en Suisse malgré l'expulsion prononcée à son encontre le 20 août 2018 s'étend du 23 janvier au 16 mars 2020 et du 4 septembre au 17 octobre 2020. Pour les raisons qui seront évoquées au considérant 4.5 ci-dessous, le séjour du 23 janvier au 6 mars 2020 ne peut toutefois pas être retenu.

E. 3.4

S'agissant des raisons médicales invoquées pour justifier sa présence en Suisse nonobstant la décision d'expulsion, le prévenu a déclaré aux premiers juges qu'il aurait changé sa prothèse chez [...] à Lausanne en avril 2021 et que le SPOP lui aurait accordé une tolérance à cette fin (jugement attaqué, p. 4). Durant l'enquête, il a déclaré à ce sujet que le SPOP lui

aurait donné un « accord » pour rester en Suisse le temps nécessaire pour que sa prothèse soit remplacée (PV aud. 1, p. 2). Les premiers juges ont écarté cette prétendue tolérance faute d'écrits administratifs l'attestant (jugement attaqué, p. 10). Il ressort de messages échangés entre le commerce [...] à Lausanne et le précédent défenseur de l'appelant, ainsi que d'un bulletin de livraison, qu'une prothèse destinée au prévenu a été livrée le 26 janvier 2021 (P. 48, P. 58/2/6). De plus, l'appelant a été soumis à un examen radiologique le 4 mars 2021 alors qu'il était détenu à la prison de la Chaux-de-Fonds (P. 58/2/7). Le 26 novembre 2020, le Ministère public avait interpellé le Service de médecine et de psychiatrie pénitentiaire pour clarifier ces questions (P. 26). Ce dernier a répondu, le 30 décembre 2020, que la démarche de changement de prothèse et la demande de garantie de paiement par l'EVAM avaient été initiées avant l'incarcération du prévenu (P. 29). Il résulte de ce qui précède que si l'incarcération du prévenu a certainement été mise à profit pour effectuer et financer le changement de prothèse, il n'est en revanche pas établi que le SPOP aurait – de quelle autorité ? – suspendu l'expulsion et toléré la présence de l'appelant en Suisse pour faciliter le remplacement de cette prothèse. Il faut par ailleurs relever que ce service a expressément refusé une précédente demande de tolérance de séjour formulée par le défenseur du prévenu pour que celui-ci puisse comparaître devant le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne le 16 mars 2020, pour le motif qu'une prolongation de séjour du prévenu en Suisse enlèverait toute portée à l'expulsion prononcée à son encontre (cf. P. 72).

E. 3.5

S'agissant des événements du 19 septembre 2020, l'appelant reproche aux premiers juges d'avoir omis de mentionner les éléments relatifs à son état de santé tels qu'ils ressortent du rapport d'intervention de police du 20 septembre 2020 et du rapport des soins intensifs des EHNV du 15 octobre 2020 (P. 4 et 42). Ces éléments sont désormais intégrés à l'état de fait retenu dans le présent jugement.

E. 4

L'appelant conteste sa condamnation pour rupture de ban (art. 291 CP).

E. 4.1

Aux termes de l'art. 291 CP, celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La rupture de ban suppose la réunion de trois conditions : une décision d'expulsion, la transgression de celle-ci et l'intention. L'infraction est consommée si l'auteur reste en Suisse après l'entrée en force de la décision, alors qu'il a le devoir de partir ou s'il y entre pendant la durée de validité de l'expulsion (ATF 147 IV 253 consid. 2.2.1 ; ATF 147 IV 232 consid. 1.1 et les références citées). La rupture de ban est un délit continu qui est réalisé aussi longtemps que dure le séjour illicite (ATF 147 IV 232 consid. 1.1 ; ATF 135 IV 6 consid. 3.2). La rupture de ban constitue un délit contre l'autorité publique (titre quinzième du CP ; cf. ATF 147 IV 232 consid. 1.6 et les références citées). Elle vise à garantir l'exécution des décisions d'expulsion prises par les autorités judiciaires ou administratives (Dupuis et al., Petit commentaire du Code pénal, 2^e éd., 2017, n. 2 ad art. 291). Par l'art. 291 CP, on veut assurer l'efficacité de l'expulsion, sorte de disposition spéciale par rapport à l'art. 292 CP (Freitag/Bürgin, in Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^e éd. 2019, n. 13 et 45 ad art. 291). L'art. 115 al. 1 let. a et b LEI (Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre

2005 ; RS 142.20 [intitulée, jusqu'au 31 décembre 2018, Loi fédérale sur les étrangers [LEtr)], qui réprime de manière générale le fait d'entrer ou de résider en Suisse illégalement, revêt un caractère subsidiaire par rapport à la rupture de ban, qui sanctionne la transgression d'une décision d'expulsion, judiciaire ou administrative, par le fait d'entrer ou de rester en Suisse au mépris d'une telle décision (ATF 147 IV 253 consid. 2.2.1 ; ATF 147 IV 232 consid. 1.1 ; ATF 104 IV 186 consid 5b ; ATF 100 IV 244 consid. 1). L'art. 291 CP n'est ainsi applicable qu'à celui qui contrevient à une expulsion, ce qui n'est notamment pas le cas si l'auteur a fait l'objet d'un refoulement, d'un renvoi, d'une interdiction d'entrée ou du non-renouvellement d'une autorisation de séjour. A défaut de contrevenir à une expulsion, c'est l'art. 115 LEI qui s'applique (ATF 147 IV 232 consid. 1.1 et les références citées). Il est admis en doctrine que le comportement réprimé par l'art. 115 al. 1 (let. a et b) LEI consistant à entrer ou rester en Suisse en violation d'une règle administrative est identique à celui réprimé par l'art. 291 CP. Ainsi, celui qui commet une rupture de ban en demeurant en Suisse malgré une décision d'expulsion, réalise également les éléments constitutifs du séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI, disposition qui a un caractère subsidiaire par rapport à l'art. 291 CP (ATF 147 IV 232 consid. 1.1 et les références citées). L'infraction est intentionnelle, mais le dol éventuel suffit (Aude Bichosky, in : Macaluso/Moreillon/Queloz [éd.], Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017, n. 15 ad art. 291 CP).

E. 4.2

L'appelant fait valoir en premier lieu que son retour contraint en Suisse depuis les Pays-Bas a été décidé d'autorité à autorité étatiques en application d'un règlement international, si bien que les conditions de l'art. 291 CP ne seraient pas réalisées faute d'intention de sa part. Toutefois, comme il l'a déclaré devant la Cour de céans, l'appelant savait qu'en se rendant aux Pays-Bas pour y déposer une demande d'asile, il pourrait être renvoyé en Suisse. Le dol éventuel peut donc à tout le moins être retenu. Cela étant, l'intention ne se discute de toute manière pas en tant qu'elle porte sur la présence du prévenu en Suisse entre sa sortie de prison en janvier 2020, donc avant l'épidémie de Covid-19, et son départ pour les Pays-Bas, ainsi que sur sa présence en Suisse du 4 septembre au 17 octobre 2020.

E. 4.3

L'appelant affirme ensuite qu'il aurait toujours eu le souhait de quitter la Suisse, mais qu'il aurait été dans l'impossibilité objective de retourner au Maroc, faute de documents de voyage et les frontières marocaines étant fermées à cause de la pandémie de Covid-19. D'une part, il faut relever qu'alors qu'il se prétend dépourvu de documents de voyage, ce n'est que le 30 juin 2021 qu'il a écrit à l'Ambassade du Maroc pour qu'elle lui fasse parvenir son passeport marocain (P. 58/2/8). On ne comprend pas ce qui l'aurait empêché de faire aboutir ces démarches depuis que son expulsion a été prononcée le 20 août 2018 et plus particulièrement avant qu'il ne sorte de détention au début l'année 2020. Le défaut de document d'identité qu'il invoque ne constitue donc qu'un prétexte et non une impossibilité objective. Au demeurant, l'absence de document d'identité ne l'a pas empêché de traverser plusieurs pays européens pour se rendre aux Pays-Bas. D'autre part, la fermeture des frontières marocaines en raison de la pandémie n'est pas un argument s'agissant de sa présence en Suisse avant son départ pour les Pays-Bas, les frontières étant notoirement ouvertes en janvier et février 2020. Quant au séjour du 4 septembre au 17 octobre 2020, il ressort d'une lettre que le SEM a adressée au SPOP le 11 septembre 2020 (P. 35 in fine) que l'autorité cantonale est intervenue dès l'annonce du renvoi par les autorités hollandaises

pour que l'Ambassade du Maroc identifie le prévenu comme étant son ressortissant en vue d'un renvoi dans ce pays. Cette demande urgente a été renouvelée le 17 septembre 2020. Selon un courriel du SEM du 12 octobre 2020, l'identification a abouti positivement, mais la délivrance de laissez-passer par le Maroc a été suspendue en raison d'un état d'urgence prolongé jusqu'au 10 novembre 2020, seules les personnes munies d'un passeport biométrique original et en cours de validité étant autorisées à rentrer, sauf nouvelle évaluation de mois en mois, la réservation d'un vol devant intervenir dès la reprise des démarches en vue de la délivrance d'un laissez-passer (P. 47). Le renvoi effectif de l'appelant au Maroc a donc été mis à néant non par une impossibilité sanitaire objective, mais par le fait qu'à dessein, il ne s'est pas procuré un passeport marocain pour faciliter son renvoi dès qu'il a eu connaissance du jugement prononçant son expulsion en août 2018, ni lorsqu'il a préparé sa sortie de détention en janvier 2020. La prétendue impossibilité résulte donc principalement de choix du prévenu et non de circonstances extérieures s'imposant à lui.

E. 4.4

Invoquant le principe ne bis in idem, l'appelant fait valoir que sa présence en Suisse entre le 23 janvier et le 6 mars 2020 ne serait pas punissable dès lors qu'il aurait déjà été condamné pour celle-ci.

E. 4.4.1

Selon le principe ne bis in idem – garanti par l'art. 4 par. 1 du Protocole additionnel n° 7 à la CEDH du 22 novembre 1984 (RS 0.101.07), l'art. 14 par. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 22 novembre 1984 (Pacte ONU II ; RS 0.103.2) et qui découle implicitement de la Constitution fédérale (cf. ATF 137 I 363 consid. 2.1) –, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. L'art. 11 al. 1 CPP reprend ce principe en disposant qu'aucune personne condamnée ou acquittée en Suisse par un jugement entré en force ne peut être poursuivie une nouvelle fois pour la même infraction.

E. 4.4.2

En l'occurrence, par ordonnance pénale du 23 juillet 2020, l'appelant a été condamné par le Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois à 180 jours de peine privative de liberté et 600 fr. d'amende pour utilisation frauduleuse d'un ordinateur d'importance mineure, séjour illégal et rupture de ban (P. 9 et jugement attaqué, p. 9 : extrait du casier judiciaire). Selon cette décision, la rupture de ban sanctionnée couvrait la période allant de sa sortie de prison à la fin du mois de janvier 2020 au 6 mars 2020, date de son interpellation. Il en résulte que l'appelant a menti lorsqu'il a déclaré lors de sa première audition qu'il était parti aux Pays-Bas environ dix jours après sa levée d'écrou. Quoiqu'il en soit, il faut admettre son grief : son séjour en Suisse allant du 23 janvier au 6 mars 2020 ne saurait être sanctionné à nouveau.

E. 4.5

En définitive, en ce qui concerne la période – visée par l'acte d'accusation et reprise par le jugement attaqué – du 23 janvier 2020, date de sa sortie d'une précédente détention, au 17 octobre 2020, date de son interpellation par la police à la gare d'Yverdon (P. 22), l'appelant n'est pas punissable en application du principe ne bis in idem pour son séjour en Suisse allant de janvier au 6 mars 2020. Il est en revanche punissable pour son séjour allant du 7 au

16 mars 2020, date retenue au bénéfice du doute pour son départ aux Pays-Bas. Il est également punissable pour son séjour du 4 septembre au 17 octobre 2020. Sa condamnation pour rupture de ban doit ainsi être confirmée.

E. 5.1

L'appelant conteste sa condamnation pour vol, violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires et injure en lien avec les événements du 19 septembre 2020 (cas 2 de l'acte d'accusation). S'il a admis les faits qui lui sont reprochés devant la Cour de céans, il soutient, sans réclamer d'expertise, qu'il aurait été irresponsable. Il invoque la jurisprudence du Tribunal fédéral et ajoute qu'il a dû être hospitalisé et maintenu sur un lit de contention, qu'il n'aurait aucun souvenir des événements, qu'il n'aurait pas pour habitude de se montrer violent et qu'il ne se serait jamais comporté de la sorte s'il n'avait pas été sous l'emprise d'une éthyliisation aiguë et d'une intoxication à la cocaïne.

E. 5.2

Aux termes de l'art. 19 CP, l'auteur n'est pas punissable si, au moment d'agir, il ne possédait pas la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation (al. 1). Le juge atténue la peine si, au moment d'agir, l'auteur ne possédait que partiellement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation (al. 2). Les mesures prévues aux art. 59 à 61, 63, 64, 67, 67b et 67e peuvent cependant être ordonnées (al. 3). Si l'auteur pouvait éviter l'irresponsabilité ou la responsabilité restreinte et prévoir l'acte qu'il a commis en cet état, les al. 1 à 3 ne sont pas applicables (al. 4). Il ne suffit pas de n'importe quel oubli des convenances ou de tout abrutissement passager, provoqué par une consommation excessive d'alcool ou d'autres substances altérant la conscience et la volonté, pour admettre une diminution de la responsabilité. L'examen du comportement de l'auteur avant, pendant et après la commission de l'acte est indispensable. En effet, l'état psychopathologique (l'ivresse) est décisif et non la cause de cet état, à savoir la quantité d'alcool consommé qu'indique le taux d'alcoolémie dans le sang (Dupuis et al. [éd.], Petit commentaire, Code pénal, 2 e éd., Bâle 2017, n. 17 ad art. 19 CP). Selon la jurisprudence, une concentration d'alcool de 2 à 3 g ‰ entraîne une présomption de diminution de responsabilité, alors qu'une concentration supérieure à 3 g ‰ pose la présomption d'une irresponsabilité totale. Il ne s'agit là toutefois que de présomptions qui peuvent être renversées dans un cas donné en raison d'indices contraires (ATF 122 IV 49 consid. 1b ; TF 6B_616/2015 du 5 avril 2016 consid. 2.3 ; Dupuis et al. [éd.], op. cit., ibidem).

E. 5.3

En l'espèce, le prévenu a été interpellé le 19 septembre 2020 à 23 h 45. Selon les analyses du prélèvement de sang effectué à 0 h 25, il présentait un taux d'alcoolémie de 3.46 ‰. Comme il l'a déclaré au personnel de la Prison de la Promenade, V. _____ consommait alors quotidiennement de l'alcool et de la cocaïne (P. 46, p. 2). Il l'a confirmé devant les juges de céans en expliquant qu'il buvait à l'époque jusqu'à une bouteille d'alcool fort par jour et qu'il consommait autant de cocaïne qu'il pouvait s'en procurer. Or, cette accoutumance implique des effets atténués de ces toxiques sur la conscience et la volonté. S'agissant du comportement du prévenu au moment des faits, les premiers juges ont considéré que V. _____ avait conservé une conscience partielle de son environnement et de ses actes (jugement attaqué pp. 12 et 13). Cette appréciation doit être confirmée au vu de la vigueur qu'a opposée le prévenu aux agents de police, de la menace qu'il a exercée à leur

encontre en prétendant être infecté par le Covid-19, de l'habileté qu'il a déployée lorsqu'il a dérobé le téléphone portable de H. _____ en détournant son attention (P. 11, p. 2), du fait qu'il se soit éloigné pour éviter d'être pris à partie et de la ruse dont il a fait preuve en cachant le téléphone dans son sous-vêtement avant de s'offrir à la fouille – infructueuse – de la victime (P. 11, p. 3). Force est de constater que l'appelant savait ce qu'il faisait et agissait pour préserver ses intérêts. Il n'était pas irresponsable. Le fait qu'après la lutte nécessaire pour le maîtriser, il se soit montré amorphe et qu'il ait été conduit aux urgences où il est demeuré quelques heures ne modifie pas cette appréciation. Le grief doit être rejeté et la condamnation du prévenu pour vol, violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires et injure doit être confirmée.

E. 6.1

Subsidiairement à son acquittement du chef d'accusation de rupture de ban, l'appelant conclut à ce que la peine pécuniaire qui lui a été infligée en lien avec cette infraction soit réduite à 20 jours-amende compte tenu de la réduction de la durée du séjour punissable. Pour sa part, le Ministère public conteste le genre et la quotité de la peine infligée par les premiers juges pour sanctionner la rupture de ban et requiert qu'une peine privative de liberté soit prononcée également pour cette infraction. Il fait valoir, d'une part, qu'une peine privative de liberté peut être prononcée si l'expulsé a aussi commis d'autres délits passibles d'emprisonnement et, d'autre part, qu'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) validerait la privation de liberté et l'inapplicabilité de la Directive sur le retour (Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier) lorsque l'étranger en séjour illégal a des antécédents pénaux ou représente un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale.

E. 6.2.1

Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. 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. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir ses antécédents, sa réputation, sa situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), sa vulnérabilité face à la peine, de même que son comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 142 IV 137 consid. 9.1, JdT 2016 I 169 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 et les références citées ; TF 6B_183/2021 du 27 octobre 2021 consid. 1.3).

E. 6.2.2

Les principes qui président à la fixation de la peine en cas de diminution de la responsabilité ont été arrêtés dans l'arrêt publié aux ATF 136 IV 55 : une diminution de la responsabilité au sens de cette disposition conduit à une diminution de la faute et non de la peine. La

réduction de celle-ci n'est que la conséquence de la faute plus légère (ATF 136 IV 55 précité consid. 5.5). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il détermine l'effet de la diminution de la responsabilité sur la faute (subjective) au vu de l'ensemble des circonstances. Il peut appliquer l'échelle habituelle : une faute (objective) très grave peut être réduite à une faute grave à très grave en raison d'une diminution légère de la responsabilité. La réduction pour une telle faute (objective) très grave peut conduire à retenir une faute moyenne à grave en cas d'une diminution moyenne et à une faute légère à moyenne en cas de diminution grave. Sur la base de cette appréciation, le juge doit prononcer la peine en tenant compte des autres critères de fixation de celle-ci. Un tel procédé permet de tenir compte de la diminution de la responsabilité sans lui attribuer une signification excessive (ATF 136 IV 55 précité consid. 5.6 ; TF 6B_59/2021 du 12 novembre 2021 consid. 5.1 ; TF 6B_1403/2020 du 5 mai 2021 consid. 2.2 ; TF 6B_892/2020 du 16 février 2021 consid. 10.4.1). Le Tribunal fédéral a en effet jugé que la réduction purement mathématique d'une peine hypothétique, comme le permettait l'ancienne jurisprudence, était contraire au système, restreignait de manière inadmissible le pouvoir d'appréciation du juge et conduisait à accorder un poids trop important à la diminution de la capacité cognitive ou volitive telle qu'elle a été constatée par l'expert (ATF 136 IV 55 précité). En bref, le juge doit procéder comme suit en cas de diminution de la responsabilité pénale : dans un premier temps, il doit décider, sur la base des constatations de fait de l'expertise, dans quelle mesure la responsabilité pénale de l'auteur est restreinte sur le plan juridique et comment cette diminution se répercute sur l'appréciation de la faute. La faute globale doit être qualifiée et, au regard de l'art. 50 CP, le juge doit expressément mentionner le degré de gravité à prendre en compte. Dans un deuxième temps, il lui incombe de déterminer la peine hypothétique qui correspond à cette faute. La peine ainsi fixée peut ensuite être, le cas échéant, modifiée en raison de facteurs liés à l'auteur (Täterkomponente) ainsi qu'en raison d'une éventuelle tentative selon l'art. 22 al. 1 CP (ATF 136 IV 55 précité consid. 5.7 ; TF 6B_59/2021 précité ; TF 6B_1403/2020 précité ; TF 6B_892/2020 précité).

E. 6.2.3

Aux termes de l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine (ATF 144 IV 313 consid. 1.2 ; TF 6B_183/2021 du 27 octobre 2021 ; TF 6B_79/2020 du 14 février 2020 consid. 2.1.2 ; TF 6B_776/2019 du 20 novembre 2019 consid. 4.1). L'exigence, pour appliquer l'art. 49 al. 1 CP, que les peines soient de même genre, implique que le juge examine, pour chaque infraction commise, la nature de la peine à prononcer pour chacune d'elles. Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation contenu à l'art. 49 CP n'est ensuite possible que si le juge choisit, dans le cas concret, le même genre de peine pour sanctionner chaque infraction commise. Que les dispositions pénales applicables prévoient abstraitement des peines de même genre ne suffit pas. Si les sanctions envisagées concrètement ne sont pas du même genre, elles doivent être prononcées cumulativement. La peine privative de liberté et la peine pécuniaire ne sont pas des sanctions du même genre (ATF 144 IV 313 précité ; ATF 144 IV 217, JdT 2018 IV 335 ; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2, JdT 2017 IV 129 ; TF 6B_776/2019 précité ; TF 6B_938/2019 du 18 novembre 2019 consid. 3.4.3). Lorsque 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 144 IV 313 précité consid. 1.1.2 ; TF 6B_776/2019 précité).

E. 6.2.4

La Directive sur le retour été reprise par la Suisse, par arrêté fédéral du 18 juin 2010 (Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes du 30 janvier 2009 entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la Directive CE 2008/115/CE sur le retour ; RS 0.362.380.042; JO L 348 du 24 décembre 2008 p. 98 ; RO 2010 5925). Elle pose le principe de la priorité des mesures de refoulement sur le prononcé d'une peine privative de liberté du ressortissant d'un pays tiers qui est en séjour illégal (cf. ATF 143 IV 249 consid. 1.4.3,

E. 6.3

En l'occurrence, pour sanctionner la rupture de ban, les premiers juges ont considéré qu'une peine privative de liberté n'était pas envisageable, dès lors que les mesures raisonnables en vue de l'éloignement n'avaient pas été prises ou que cette mesure n'avait pas échoué en raison du comportement du prévenu (jugement attaqué, p. 13). Le Ministère public conteste ce raisonnement et se réfère à l'arrêt de la CJUE du 17 septembre 2020 C-806/18 JZ (cité in ATF 147 IV 232 consid. 1.4), qui énonce à son considérant 38 : « Il est en principe loisible aux États membres de sanctionner par une peine d'emprisonnement tout ressortissant de pays tiers auquel la procédure de retour a été appliquée et qui continue à séjourner irrégulièrement sur leur territoire sans motif justifié de non-retour, il leur est, à plus forte raison, loisible de prévoir une telle peine uniquement à l'égard de ceux parmi ces ressortissants qui, par exemple, ont des antécédents pénaux ou représentent un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale ». Cet argument n'est toutefois pas pertinent dès lors que ces considérations visent expressément les étrangers auxquels la procédure de retour a été appliquée, ce qui n'est précisément pas le cas en l'espèce. En revanche et contrairement à ce que soutient le prévenu qui invoque l'ATF 147 IV 232, ce n'est pas pour autant qu'une peine privative de liberté ne peut pas être prononcée à son encontre. Le cas de figure examiné dans l'arrêt du Tribunal fédéral précité est différent du sien. Non seulement parce que le prévenu a quitté volontairement et par ses propres moyens la Suisse le 16 mars 2020 avant d'être refoulé en application du Règlement de Dublin, mais surtout parce qu'il ne doit pas être condamné uniquement pour rupture de ban comme c'est le cas dans l'arrêt dont il se prévaut. Or, comme le Ministère public le fait à juste titre valoir, la Directive sur le retour n'est pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui ont commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs délits en dehors du droit pénal sur les étrangers (ATF 143 IV 264 consid. 2.6 précité). Dès lors que le prévenu s'est aussi rendu coupable de vol et de violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires, la Directive sur le retour n'a pas pour effet d'exclure de le sanctionner d'une peine privative de liberté en vue de prioriser la mise en œuvre de son renvoi. En concours avec les art. 139 et 285 CP, la rupture de ban commise par le prévenu doit être sanctionnée d'une peine privative de liberté pour des motifs de prévention spéciale, le prévenu étant un multiple récidiviste condamné déjà à 14 reprises, dont trois fois pour rupture de ban. Les excuses qu'il a formulées par écrit aux agents de police le 29 juin 2021, soit après sa condamnation en première instance, paraissent de

circonstances et ne suffisent pas à démontrer une réelle prise de conscience. Bien au contraire, la longueur de son casier judiciaire démontre le peu de cas que le prévenu fait de l'autorité et des décisions judiciaires. Partant, l'appel du Ministère public doit être admis en ce qui concerne le genre de peine.

E. 6.4

S'agissant de la quotité de la peine, il convient de tenir compte de la réduction de la durée du séjour illégal (cf. consid. 4.5 supra). La culpabilité du prévenu est lourde s'agissant de sa quatrième condamnation pour rupture de ban et sa responsabilité pénale entière. Une peine privative de liberté de 120 jours apparaît ainsi adéquate pour sanctionner cette infraction. S'agissant des faits commis le 19 septembre 2020, il faut tenir compte d'une diminution légère de la responsabilité pénale. Comme les premiers juges l'ont retenu, celle-ci conduit à réduire la culpabilité du prévenu de lourde à modérément lourde. En tenant largement compte de cette diminution de responsabilité pénale, la peine privative de liberté doit ainsi être augmentée de 80 jours pour l'infraction de violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires et de 10 jours pour le vol. Enfin, pour sanctionner les injures, une peine pécuniaire de 30 jours-amende à

E. 10

fr. le jour sera prononcée. 7. Conformément à l'art. 51 CP, la détention subie avant jugement sera déduite de la peine privative de liberté prononcée. 8. V. _____ a requis sa mise en liberté. Compte tenu de la confirmation de sa condamnation, cette conclusion doit être rejetée et son maintien en détention ordonné à titre de sûreté afin de garantir l'exécution de sa peine. 9. L'appelant conclut à ce que les frais de procédure soient laissés à la charge de l'Etat. Cette conclusion, qui repose sur la prémisse de l'admission de son appel, doit être rejetée.

E. 10.1

En définitive, les appels de V. _____ et du Ministère public doivent être partiellement admis. Le jugement entrepris sera réformé dans le sens des considérants qui précèdent.

E. 10.2

La liste des opérations produite par Me Arnaud Thiéry, défenseur d'office de V. _____, fait état de 13 heures et 36 minutes d'activité au tarif horaire d'avocat breveté et de 15 heures et 36 minutes au tarif d'avocat stagiaire. Le temps annoncé comprend outre 4 heures et demie environ d'étude du dossier, 4 heures et demie de recherches juridiques et 9 heures pour la rédaction d'une déclaration d'appel. Il comprend également deux entretiens avec le prévenu en sus d'une vingtaine de lettres adressées à celui-ci. Compte tenu de la nature de l'affaire, ce temps apparaît excessif, même si Me Arnaud Thiéry n'était pas le défenseur du prévenu en première instance. Les opérations suivantes seront ainsi retranchées : étude du dossier le 28 juin 2021 (42 minutes), prise de connaissance du dossier le 29 juin 2021 (2 heures et 18 minutes), recherches juridiques le 30 juin 2021 (2 heures), établissement d'un projet le 8 juillet 2021 (3 heures), finalisation du projet (2 heures) et recherches juridiques le 4 novembre 2021 (30 minutes). Il convient en revanche d'ajouter la durée des débats d'appel, de 1 heure. Les débours seront pour leur part indemnisés sur une base forfaitaire, à concurrence de 2 % du montant des honoraires admis (art. 3bis RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3], par renvoi de l'art. 26b TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), vacation et TVA en sus. Le montant de 126 fr. 70

compté pour les kilomètres parcourus pour se rendre à la Prison de la Promenade doit en outre être alloué. L'indemnité arrêtée au chiffre V du dispositif notifié aux parties à l'issue de l'audience omet toutefois ce montant. Cette omission manifeste doit être corrigée et le dispositif rectifié d'office. Ainsi, en définitive, l'indemnité de défenseur d'office allouée à Me Arnaud Thiéry pour la procédure d'appel sera arrêtée à 3'805 fr. 90, montant correspondant à une activité de 13 h 24 au tarif horaire de 180 fr., à une activité de 6 h 18 au tarif horaire de 110 fr., à des débours à hauteur de 188 fr. 80 (indemnité kilométrique par 126 fr. 70 comprise), à 2 vacations à 120 fr. et à la TVA au taux de 7,7 %, par 272 fr. 10.

E. 10.3

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, par 6'955 fr. 90, constitués de l'émolument du présent jugement, par 3'150 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP), ainsi que de l'indemnité allouée au défenseur d'office de V._____, par 3'805 fr. 90, seront mis par deux tiers à la charge du prévenu, le solde étant laissé à la charge de l'Etat. V._____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat les deux tiers du montant de l'indemnité en faveur de son défenseur d'office que lorsque sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 CPP).

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