

**COUR D'APPEL PENALE**

---

---

Audience du 7 mai 2018

---

Composition : M. M A I L L A R D, président  
MM. Winzap et Stoudmann, juges  
Greffière : Mme Fritsché

\* \* \* \* \*

Parties à la présente cause :

**A.** \_\_\_\_\_, prévenu, représenté par Me Lionel Zeiter, défenseur d'office à Lausanne, appelant,

**Ministère public**, représenté par le Procureur du Ministère public Strada, appelant,

et

**C.** \_\_\_\_\_, plaignante et intimée.

La Cour d'appel pénale considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 15 novembre 2017, le Tribunal de police l'arrondissement de Lausanne a libéré A. \_\_\_\_\_ des chefs d'accusation de voies de faits et d'infraction à la Loi fédérale sur les stupéfiants (I), a pris acte du retrait de plainte et a ordonné la cessation des poursuites pénales dirigées contre lui s'agissant de l'infraction de violation d'une obligation d'entretien (II), a constaté qu'il s'était rendu coupable d'injure, de contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants et d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers (III), l'a condamné à une peine pécuniaire de 20 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. (IV), l'a condamné à une peine privative de liberté de 120 jours, sous déduction de 1 jour de détention avant jugement (V), l'a condamné à une amende de 100 fr., convertible en 1 jour de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif (VI), a statué sur les séquestre, les indemnités et les frais (VII à IX).

**B.** a) Par annonce du 22 novembre 2017 puis déclaration motivée du 11 décembre 2017, le Ministère public a formé appel contre ce jugement. A titre de mesure d'instruction, il a conclu à ce qu'une analyse des stupéfiants saisis soit ordonnée et confiée à l'école des sciences criminelles afin d'en déterminer le taux exact de THC. Sur le fond, il a conclu à la réforme du jugement entrepris en ce sens que A. \_\_\_\_\_ est libéré du chef d'accusation de voies de fait et qu'il est constaté que A. \_\_\_\_\_ s'est rendu coupable d'injure, d'infractions et de contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants et d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers et soit condamné à une peine privative de liberté de 7 mois sous déduction d'un jour de détention avant jugement, les frais de la procédure d'appel étant laissés à la charge de l'Etat.

b) Par annonce du 23 novembre 2017, puis par déclaration motivée du 22 décembre 2017, A. \_\_\_\_\_ a également formé appel contre ce jugement. Il a conclu, sous suite de frais et de dépens, principalement

à sa réforme en ce sens qu'il est libéré des chefs d'accusation de voies de fait, d'infraction à la loi fédérale sur les stupéfiants, de contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants et d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers, qu'il est reconnu coupable d'injure mais exempté de toute peine, que les chiffres V et VI du jugement entrepris sont annulés et que les frais de procédure sont laissés à la charge de l'Etat.

A titre subsidiaire, il a conclu à sa réforme en ce sens qu'il est libéré des chefs d'accusation de voies de fait, d'infractions à la Loi fédérale sur les stupéfiants et de contravention à la Loi fédérale sur les étrangers, qu'il est reconnu coupable d'injure et d'infractions à la Loi fédérale sur les stupéfiants, qu'il est exempté de toute peine pour l'infraction d'injure, qu'il est condamné à une peine privative de liberté de 60 jours, sous déduction de deux jours de détention avant jugement, peine assortie d'un sursis complet d'une durée de 2 ans, que le chiffre VI du jugement est supprimé et que les frais de procédure sont laissés à la charge de l'Etat.

Le 22 janvier 2018, le Ministère public a indiqué qu'il n'entendait ni présenter une demande de non-entrée en matière, ni déclarer un appel joint.

c) Le 29 janvier 2018, le Service de la population (ci-après : SPOP) a ordonné la détention administrative de l'appelant pour une durée de trois mois en raison du risque que celui-ci se soustraie à son refoulement de Suisse. Cette décision a été confirmée par la Chambre des recours pénale (CREP 15 février 2018/122).

d) Le 13 février 2018, A.\_\_\_\_\_ a refusé d'embarquer sur le vol de ligne réservé à son attention en direction de la Tunis/Tunisie.

Le 14 mars 2018, le Président de la Cour d'appel pénale a rejeté les réquisitions de preuves formulées par le Ministère public, considérant que les conditions de l'art. 389 CPP n'étaient pas remplies.

Le 18 avril 2018, l'intéressé s'est automutilé, empêchant ainsi son départ de Suisse sur un vol spécial.

Par ordonnance du 25 avril 2018, le Tribunal des mesures de contrainte a confirmé que l'ordre de prolongation de détention administrative du 23 avril 2018 signifié le même jour par le SPOP à A.\_\_\_\_\_, pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 29 juillet 2018, était conforme aux principes de la légalité et de l'adéquation et a rejeté la demande de mise en liberté qu'il avait formulée le 20 avril 2018. Le 4 mai 2018, A.\_\_\_\_\_ a interjeté recours contre cette ordonnance auprès de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal.

**C.** Les faits retenus sont les suivants :

a) A.\_\_\_\_\_ est né le [...] à Tunis, en Tunisie, pays dont il est ressortissant. Arrivé en 2004 sur le territoire suisse, il s'est marié une première fois pour une brève durée avec [...], union qui lui a permis d'obtenir un permis B. En novembre 2015, il a divorcé de sa seconde épouse, C.\_\_\_\_\_, dont il a eu deux enfants, [...], né le [...] et [...], né le [...]. Les deux enfants sont placés en foyer, le SPJ étant à leur égard au bénéfice d'un mandat de garde. Son autorisation de séjourner en Suisse lui a été retirée en 2013, soit au moment de sa séparation d'avec C.\_\_\_\_\_.

A.\_\_\_\_\_ est actuellement détenu administrativement à la prison de « Frambois » en vue de son renvoi de Suisse.

b)

1. A Lausanne, le 5 mars 2017, A.\_\_\_\_\_ a adressé un message par le biais de son téléphone portable à C.\_\_\_\_\_ au contenu suivant : « une vraie maman elle fait pas des enfants avec beaucoup d'hommes sauf les chiennes des rues c'est toi que tu dois aller à l'hôpital ».

2. A Lausanne notamment, entre la fin de l'année 2015 et le 3 mai 2017, A.\_\_\_\_\_, ressortissant de Tunisie, a séjourné en Suisse alors même qu'il ne bénéficiait d'aucune autorisation.

3. Pour le moins entre le 26 mai 2017 et le 26 juin 2017, à Lausanne secteur « Parc de Valency », A.\_\_\_\_\_ a contribué à la vente de 450g de marijuana à divers toxicomanes en agissant en qualité d'intermédiaire entre le vendeur [...] (déféré séparément) et l'acheteur. Dans ces circonstances, le prévenu assurait également la garde des stupéfiants cachés à proximité. La dernière transaction a eu lieu le 26 juin 2017, A.\_\_\_\_\_ a remis un sachet de 5.3 g brut de marijuana à un mineur (né le 30 septembre 2000) et a récupéré l'argent, soit 50 francs. Cette transaction a été observée par le dispositif de police qui a encore retrouvé à proximité un autre sachet contenant de la marijuana (22.65 g) dont le prévenu assurait la garde. Ces produits stupéfiants étaient destinés à la vente. Le prévenu recevait entre 150 fr. et 200 fr. par semaine pour les services qu'il rendait.

4. Entre le 7 juin 2017 et le 26 juin 2017, A.\_\_\_\_\_ est resté en Suisse sans être au bénéfice d'aucun papier permettant son séjour (permis B échu depuis le 31 juillet 2013).

5. Pour le moins entre le 7 juin 2017 et le 26 juin 2017, A.\_\_\_\_\_ a consommé une quantité indéterminée de produits cannabiques.

### **En droit :**

**1.** Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) par une partie ayant la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de A.\_\_\_\_\_ est recevable.

**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, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier; elle 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 (Eugster, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP). L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement de l'appel (art. 389 al. 3 CPP; TF 6B\_78/2012 du 27 août 2012 consid. 3.1).

### **3.**

**3.1** Le premier juge a considéré que le prévenu s'était rendu coupable d'injure en adressant, le 5 mars 2017, le message suivant à son épouse « une vraie maman elle fait pas des enfants avec beaucoup des hommes sauf les chiennes des rues c'est toi que tu dois aller à l'hôpital ». Il a en outre considéré que le témoignage de M.\_\_\_\_\_, actuelle compagne de l'appelant, ne permettait pas d'affirmer qu'en envoyant ce message injurieux à la plaignante, le prévenu répondait de manière immédiate à une injure de cette dernière.

L'appelant ne conteste pas la qualification juridique d'injure. Il soutient en revanche que le contenu du message – soit l'expression « c'est

toi que tu dois aller à l'hôpital » - attesterait qu'il s'agissait d'une réponse à une attaque préalable de la plaignante au sujet de sa santé mentale et que sa compagne aurait témoigné de l'existence de relations houleuses et de fréquentes invectives entre les époux. On ne pourrait ainsi affirmer qu'en envoyant ce message, l'appelant ne répondait pas de manière immédiate à une injure. Il en conclut qu'il devrait être exempté de toute peine en application de l'art. 177 al. 2 CP.

## **3.2**

**3.2.1** La constatation des faits est incomplète 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 : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

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 ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves. 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-là (ATF 127 I 38 consid. 2a ;

TF 6B\_831/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.2.1). Comme règle d'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes ; on parle alors de doutes raisonnables (cf. ATF 120 la 31 consid. 2c ; TF 6B\_831/2009 précité, consid. 2.2.2).

S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il s'agit de l'acte par lequel le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve 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 : Kuhn/Jeanneret [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 34 ad art. 10 CPP ; Kistler Vianin, op. cit., nn. 19 ss ad art. 398 CPP).

**3.2.2** Aux termes de l'art. 177 CP, celui qui, de toute autre manière que par celles visées aux dispositions précédentes, aura, par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par des voies de fait, attaqué autrui dans son honneur sera, sur plainte, puni d'une peine pécuniaire de 90 jours-amende au plus (al. 1). Le juge pourra exempter le délinquant de toute peine si l'injurié a directement provoqué l'injure par une conduite répréhensible (al. 2). Si l'injurié a riposté immédiatement par une injure ou par des voies de fait, le juge pourra exempter de toute peine les deux délinquants ou l'un d'eux (al. 3).

D'après l'art. 177 al. 2 CP, le juge pourra exempter le délinquant de toute peine si l'injurié a directement provoqué l'injure par une conduite répréhensible. Le juge ne peut faire usage de la faculté que lui réserve l'art. 177 al. 2 que si l'injure a consisté en une réaction

immédiate à un comportement répréhensible de l'injurié, lequel peut consister en une provocation ou en tout autre comportement blâmable. Ce comportement ne doit pas nécessairement viser l'auteur de l'injure ; une conduite grossière en public peut suffire (ATF 117 IV 270 consid. 2c p. 173 et la jurisprudence citée). La notion d'immédiateté doit être comprise comme notion temporelle, en ce sens que l'auteur doit avoir agi sous le coup de l'émotion provoquée par la conduite répréhensible de l'injurié, sans avoir eu le temps de réfléchir (ATF 83 IV 151 qui examine la question de savoir quand une injure est provoquée). Le juge peut exempter l'auteur de toute peine. Il s'agit, là encore, d'une faculté, non d'une obligation (ATF 109 IV 39 consid. 4b *in fine*). Il peut aussi se borner à atténuer cette dernière. Il dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation.

L'art. 177 al. 3 place les injures et les voies de fait sur le même pied et il est aussi applicable si le premier acte consiste en des voies de fait et non en une injure (ATF 82 IV 181). Lorsque voies de fait ou injures se répondent, le juge a la faculté d'exempter l'un des protagonistes ou les deux. S'il lui apparaît que l'un d'eux est responsable à titre prépondérant de l'altercation, il n'exemptera que l'autre. L'art. 177 al. 3 CP ne permet pas seulement d'exempter l'auteur de la riposte, mais même l'auteur de l'acte initial. Cette disposition consacre donc la pratique judiciaire bien ancrée selon laquelle les protagonistes d'une altercation, dont les causes et l'enchaînement ne peuvent être que difficilement partiellement reconstitués, doivent être renvoyés dos à dos (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, n. 35 ad art. 177 CP).

**3.3** En l'occurrence, la plaignante C.\_\_\_\_\_, entendue à l'audience de première instance sur ce point, a contesté avoir insulté ou provoqué l'appelant avant de recevoir le message incriminé.

Le témoin amené M.\_\_\_\_\_ n'a quant à elle pas pu être affirmative sur le contenu de l'insulte qu'aurait proféré la plaignante à l'égard de l'appelant avant qu'il n'envoie son message puisqu'elle a déclaré : « [...] je crois me rappeler que C.\_\_\_\_\_ lui a dit va te soigner sale fou [...] » (jugement attaqué, p. 7). Elle n'a même pas été en mesure

d'affirmer qu'elle était bien présente au moment des faits litigieux. Son témoignage n'a donc aucune valeur probante. Il en a d'autant moins qu'il émane de la nouvelle compagne de l'appelant avec lequel il nourrit des projets de vie future, soit d'une personne qui lui est particulièrement proche.

Enfin, l'expression « c'est toi que tu dois aller à l'hôpital » utilisée dans le message incriminé pourrait à la rigueur suggérer que la plaignante avait auparavant recommandé à l'appelant de se rendre dans un établissement hospitalier pour s'y faire soigner. Il ne s'agirait alors toutefois pas d'injure ni même d'une provocation susceptible de justifier que l'appelant y réponde en comparant la plaignante à une « chienne des rues ».

Il s'en suit qu'aucun élément au dossier ne permet d'envisager l'application de l'art. 177 al. 2 ou 3 CP. Le moyen de l'appelant doit donc être rejeté.

#### **4.**

**4.1** Le premier juge a constaté que le prévenu s'était rendu coupable d'infraction contre la Loi fédérale sur les étrangers au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr en séjournant en Suisse illégalement, soit sans autorisation, son permis B étant échu depuis le 31 juillet 2013.

Si l'appelant ne conteste pas l'absence d'autorisation de séjour, il soutient que son comportement serait licite en vertu de l'art. 14 CP. Il fait en particulier valoir son droit d'entretenir des relations personnelles avec ses deux enfants mineurs et son projet de mariage avec sa compagne actuelle M.\_\_\_\_\_.

#### **4.2**

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

Aux termes de l'art. 14 CP, quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi. L'art. 14 CP est une disposition cadre qui renvoie à d'autres normes légales : elle n'introduit aucun fait justificatif mais se contente de déclarer licites les actes qui le sont déjà en vertu d'une autre norme juridique (Monnier, Commentaire romand, CP I, Bâle 2017, n. 1 ad art. 14 CP et les références citées).

**4.2.2** L'art. 8 par. 1 CEDH (Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101), tout comme l'art. 13 de la Cst (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), garantissent le droit au respect de la vie privée et familiale. Ces dispositions ne confèrent en principe pas un droit à séjourner dans un Etat déterminé. Le fait de refuser un droit de séjour à un étranger dont la famille se trouve en Suisse peut toutefois entraver sa vie familiale et porter ainsi atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par cette disposition (ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 p. 153 consid. 2.1). Afin de s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille, un étranger peut ainsi, selon les circonstances, se prévaloir de l'art. 8 par. 1 CEDH pour autant qu'il entretienne une relation étroite et affective avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse (ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 ; ATF 130 II 281 consid. 3.1). Les relations protégées par cette disposition sont avant tout celles qui concernent la famille dite nucléaire, soit celles qui existent entre époux ainsi qu'entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun (ATF 137 I 113 consid. 6.1 et les références citées). Le parent qui n'a ni l'autorité parentale, ni la garde sur l'enfant ayant le droit de résider durablement en Suisse ne peut d'emblée entretenir une relation familiale avec celui-ci que de manière limitée, en exerçant le droit de visite dont il bénéficie. Or, il n'est en principe pas nécessaire que, dans ce but, le parent étranger soit habilité à résider durablement dans le même pays que son enfant. Sous l'angle du droit à une vie familiale, il suffit en règle générale que le parent vivant à l'étranger exerce son droit de visite dans

le cadre de séjour de courte durée, au besoin en aménageant des modalités quant à la fréquence et à la durée (ATF 143 I 21 consid. 5.3 ; ATF 139 I 315 consid. 2.2 ; TF 2C\_786/2016 du 5 avril 2017 consid. 3.2.1, aussi pour ce qui suit). Le droit de visite d'un parent sur son enfant ne doit en effet pas nécessairement s'exercer à un rythme bimensuel et peut également être organisé de manière à être compatible avec des séjours dans des pays différents (ATF 140 I 145 consid. 3.2 p. 147). Un droit plus étendu ne peut le cas échéant exister qu'en présence de liens familiaux particulièrement forts d'un point de vue affectif et économique, lorsque cette relation ne pourrait pratiquement pas être maintenue en raison de la distance qui sépare le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent, et que l'étranger a fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable (ATF 143 I 21 consid. 5.2 ; ATF 142 II 35 consid. 6.1 et 6.2 ; ATF 140 I 145 consid. 3.2 ; ATF 139 I 315 consid. 2.2).

Selon la jurisprudence, un étranger peut, à certaines conditions, déduire du droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH et l'art. 14 Cst. un droit à pouvoir séjourner en Suisse en vue de s'y marier. Ainsi, les autorités de police des étrangers sont tenues de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que l'étranger entende, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union (ATF 137 I 351 consid. 3.7 ; ATF 138 I 41 consid. 4). Le droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH peut également être invoqué par des étrangers résidant illégalement dans un Etat membre (ATF 138 I 41 consid. 3 et 4 ; ATF 137 I 351 consid. 3.6 et 3.8).

L'étranger entré illégalement en Suisse pour un séjour temporaire qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable doit attendre la décision à l'étranger (art. 17 al. 1 LEtr). Cela vaut aussi pour l'étranger résidant illégalement en Suisse qui tente de légaliser son séjour par le dépôt ultérieur d'une demande d'autorisation de séjour durable (ATF 139 I 37 consid. 2.1). Selon le message du Conseil fédéral, le requérant ne peut pas se prévaloir, déjà durant la procédure, du

droit de séjour qu'il sollicite ultérieurement, à moins qu'il remplisse « très vraisemblablement » les conditions d'admission (FF 2002 3469 ss, p. 3535). Le seul dépôt d'une demande d'autorisation de séjour durable ne rend pas le séjour légal, puisque l'étranger doit en principe attendre la décision à l'étranger (Zünd, in Kommentar Migrationsrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2015, n. 7 ad art. 115 LEtr). L'autorité cantonale compétente peut – ou même doit – autoriser, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation (art. 96 LEtr), l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'un droit légal, constitutionnel ou conventionnel à l'octroi d'une autorisation sont données avec une grande vraisemblance (art. 17 al. 2 LEtr ; « prozeduraler Aufenthalt »). Elle doit rendre sa décision lors d'un examen sommaire des chances de succès, comme c'est le cas lors du prononcé de mesures provisoires (ATF 139 I 37 consid. 2.2). Ni l'entrée illicite ni le séjour illicite n'empêchent l'application de l'art. 17 al. 2 LEtr (ATF 137 I 351 consid. 3.6 et 3.8 ; Spescha, in : Kommentar Migrationsrecht, op. cit., n. 2 ad art. 17 LEtr).

**4.3** En l'occurrence, il est tout d'abord douteux que les circonstances familiales invoquées par l'appelant soient de nature à lui permettre d'obtenir une autorisation de séjourner en Suisse. La garde de ses deux enfants a en effet été confiée au Service de protection de la jeunesse qui les a placés dans un foyer. Si l'appelant a déclaré aux débats de première instance qu'il voyait ses enfants deux fois par semaine, il a aussitôt ajouté qu'il lui était interdit de les voir depuis un mois de sorte qu'on ignore en définitive l'étendue de ses relations personnelles effectives avec eux. Rien ne permet en tout cas de considérer que son éventuel droit de visite ne pourrait pas être organisé depuis l'étranger. Quant à son projet d'union avec M. \_\_\_\_\_, on rappellera simplement qu'il s'agira de son troisième mariage en Suisse.

En tout état de cause, les circonstances familiales invoquées par l'appelant ne pouvaient en aucun cas justifier que ce dernier demeure en Suisse sans autorisation valable. S'il souhaitait s'en prévaloir, il devait adresser une nouvelle demande d'autorisation de séjour à l'autorité compétente en requérant, cas échéant, de pouvoir d'ores et déjà résider

en Suisse pendant la durée de la procédure, ce qu'il n'a manifestement pas fait.

Le moyen de l'appelant doit par conséquent être rejeté.

## **5.**

**5.1** Le premier juge a libéré le prévenu des chefs d'accusation d'infractions aux articles 19 al. 1 lit. b, c, d et g et 19 bis LStup en retenant, au bénéfice du doute, que le taux de THC de la marijuana vendue était inférieur au taux de 1% admis selon l'ordonnance sur le tableau des stupéfiants.

Le prévenu considère ainsi que, dans la mesure où le même doute existe s'agissant de la teneur en THC du cannabis qu'il a consommé, il devrait également être libéré de l'infraction de contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants.

Quant au Ministère public, il soutient dans son appel que l'ensemble des éléments du dossier et en particulier les circonstances dans lesquelles les ventes ont été effectuées, permettent de conclure qu'on a bien affaire à du cannabis comportant un taux de THC supérieur à la limite de 1%. Il requiert cas échéant la mise en œuvre d'une expertise.

**5.2** Aux termes l'art. 19 al. 1 LStup, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, celui qui, sans droit, entrepose, expédie, transporte, importe, exporte des stupéfiants ou les passe en transit (lit. b), celui qui, sans droit, aliène ou prescrit des stupéfiants, en procure de toute autre manière à un tiers ou en met dans le commerce (lit. c), celui qui, sans droit, possède, détient ou acquiert des stupéfiants ou s'en procure de toute autre manière (lit. d) et celui qui prend des mesures aux fins de cultiver, fabriquer ou produire de toute autre manière des stupéfiants ou pour publiquement inciter à la consommation de stupéfiants ou révéler des possibilités de s'en procurer ou d'en consommer (lit. g).

Selon l'art. 19 bis LStup, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, sans indication médicale, propose, remet ou rend accessible de toute autre manière des stupéfiants à une personne de moins de 18 ans.

Aux termes de l'art 2 al. 1 LStup, sont des stupéfiants les substances et préparations qui engendrent une dépendance et qui ont des effets de type morphinique, cocaïnique ou cannabique et celles qui sont fabriquées à partir de ces substances ou préparations ou qui ont un effet semblable à celles-ci. Le Département fédéral de l'intérieur établit la liste des stupéfiants, des substances psychotropes, des précurseurs et des adjuvants chimiques ; à cet effet, il se fonde en principe sur les recommandations des organisations internationales compétentes (art. 2a LStup). L'art. 8 al. 1 let. d LStup interdit la culture, l'importation, la fabrication ou la mise dans le commerce des stupéfiants ayant des effets de type cannabique.

Se fondant sur l'art. 2a LStup, le Département fédéral de l'intérieur a établi, le 30 mai 2011, l'OTStup-DFI (Ordonnance du DFI du 30 mai 2011 sur les tableaux des stupéfiants, des substances psychotropes, des précurseurs et des adjuvants chimiques, RS 812.121.11). Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2011, elle qualifie de stupéfiants le cannabis, soit la plante de chanvre ou les parties de plante de chanvre présentant une teneur totale moyenne en THC de 1,0 % au moins et tous les objets et préparations présentant une teneur totale en THC de 1,0 % au moins ou fabriqués à partir de chanvre présentant une teneur totale en THC de 1,0 % au moins (art. 1 al. 2 let. a OTStup-DFI et le tableau a-d de son annexe 1).

Ni la LStup dans sa version en vigueur depuis le 1er juillet 2011, ni l'OTStup-DFI n'impose de méthode pour déterminer si le THC atteint une teneur de 1,0 %. La seule indication dans l'OTStup-DFI - et plus seulement dans la jurisprudence fondée sur l'annexe 4 de l'ordonnance de l'OFAG (Ordonnance de l'Office fédéral de l'agriculture du 26 février 1998 sur le catalogue des variétés de chanvre ; RS 916.151.6) précitée -, d'un

taux plancher ne saurait imposer de procéder à l'analyse du THC des produits litigieux, sous peine que ceux-ci ne puissent être qualifiés de stupéfiants. Même en l'absence de calcul scientifique du taux, l'élément objectif de l'infraction peut être considéré comme réalisé sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents propres à l'établir de manière suffisante (ATF 141 IV 273 consid. 3).

**5.3** En l'espèce, l'appelant a admis les faits qui lui sont reprochés (PV aud. 1 ; jugement attaqué p. 11). Tout au plus a-t-il précisé, en première instance, qu'il ne savait pas que [...], à qui il a vendu 5.3 g de marijuana le 26 juin 2017, était mineur (jugement attaqué, p. 11). Lors de son audition du 27 juin 2017 (PV aud. 1), il a toutefois indiqué savoir qu'il y avait dans le parc en cause beaucoup d'autres jeunes mineurs qui fumaient de la marijuana. On peut donc en conclure que l'appelant s'était à tout le moins accommodé de la possibilité que son client du jour soit mineur.

S'agissant du taux de THC, on relèvera tout d'abord que l'appelant n'a jamais affirmé que la marchandise qu'il vendait, qu'il qualifie du reste lui-même de « drogue » (jugement attaqué, p. 11), avait un taux de THC inférieur à 1%. Il a par ailleurs été interpellé après une vente de 5.3 g de marijuana effectuée à la sauvette aux abords du parc de Valency. 22.65 g de marijuana ont en outre été retrouvés, dissimulés à proximité. [...] a quant à lui indiqué qu'il se fournissait à Chaudron auprès d'un noir qui lui disait d'abord d'attendre puis revenait 10 minutes après avec la marchandise. On ne voit pas très bien pourquoi l'appelant et son comparse aurait pris de telles précautions si la marijuana vendue était légale. Il résulte donc clairement de la manière dont la marchandise a été achetée puis revendue qu'il s'agissait bien de produits cannabiques illicites, soit présentant un taux de THC supérieur à 1%. Le fait que le prévenu ait lui-même fumé une partie de la marchandise acquise par [...] (PV aud. 1 l. 52 ss), renforce le constat qu'il s'agissait bien de stupéfiants (ATF 141 IV 273 consid. 3.3). Une expertise des produits saisis n'est ainsi pas nécessaire.

Il découle de ce qui précède que le prévenu doit être condamné pour infraction (art. 19 al. 1 lit. b, c, d et g et 19 bis LStup) et contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants (art. 19a LStup).

L'appel de A.\_\_\_\_\_ sera rejeté sur ce point au contraire de celui du Ministère public qui sera admis s'agissant de cette question.

## **6.**

**6.1** Le prévenu soutient que la peine prononcée en première instance devrait être réduite et estime pouvoir bénéficier d'un sursis complet.

**6.2** 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 les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 et les références citées).

Aux termes de l'art. 42 al. 1 CP, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2017, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine

pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits.

Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1). Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (TF 6B\_492/2008 du 19 mai 2009 consid. 3.1.2 ; ATF 134 IV I consid. 4.2.2).

Les principes applicables en matière de fixation de la peine et en matière de sursis de l'ancien Code pénal restent applicables, le nouveau droit n'étant en l'espèce pas plus favorable.

**6.3** En l'occurrence, la culpabilité du prévenu est significative. Il a en effet contribué à mettre sur le marché 450 g de marijuana, n'hésitant pas à en vendre une partie à un mineur. On doit en outre constater, avec le premier juge, qu'il a récidivé dans le même domaine d'infractions que celles pour lesquelles il a déjà été condamné en 2014, infractions qui démontrent son incapacité à se maîtriser dans le cadre familial et le peu de respect qu'il manifeste pour celle qui fut son épouse. Il ne paraît en outre pas réaliser la gravité des infractions commises qu'il minimise en tentant de reporter sur la partie plaignante la responsabilité de ces écarts verbaux et en relativisant la gravité de son séjour illégal sur le territoire suisse démontrant ainsi son dédain pour les règles du pays dans lequel il réside sans droit depuis plusieurs années. A décharge, on pourra tout au plus retenir, à l'instar du premier juge, la relativement bonne collaboration

du prévenu en cours d'enquête, les excuses prononcées ainsi qu'une situation familiale et financière précaire.

Au vu de ce qui précède, et compte tenu de l'aggravante du concours, une peine privative de liberté de six mois est une sanction adéquate pour réprimer les infractions à la Loi fédérale sur les stupéfiants et à la Loi fédérale sur les étrangers.

La peine pécuniaire de 20 jours-amende à 10 fr. l'unité pour sanctionner l'injure ainsi que l'amende de 100 fr., convertible en en 1 jour de privation de liberté en cas de non-paiement fautif, prononcée pour sanctionner la contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants pourront quant à elle être confirmées.

Le prévenu ayant déjà été condamné à deux reprises pour des infractions partiellement similaires et ne disposant par ailleurs d'aucune autorisation de séjour en Suisse, le pronostic ne peut qu'être défavorable. Les peines énoncées ci-dessus seront donc fermes.

## **7.**

**7.1** L'appelant fait grief au premier juge d'avoir déduit un jour de détention avant jugement de la peine privative de liberté prononcée alors que selon lui deux jours devraient être déduits.

**7.2** Aux termes de l'art. 51 CP, le juge impute sur la peine la détention avant jugement subie par l'auteur de l'affaire qui vient d'être jugée ou d'une autre procédure. Un jour de détention correspond à un jour-amende ou à quatre heures de travail d'intérêt général.

La détention avant jugement est toute détention ordonnée au cours d'un procès pénal pour les besoins de l'instruction, pour des motifs de sûreté ou en vue de l'extradition (art. 110 al. 7 CP). Cette notion de détention avant jugement suppose une privation de liberté d'une certaine durée que la doctrine et la jurisprudence fixent à plus de trois heures

(CAPE 18 août 2016/357 ; Jeanneret, Commentaire romand, Code pénal I, Bâle 2009, n. 1 ad art. 110 al. 7 CP).

**7.3** En l'espèce, il ressort du dossier que le prévenu a effectivement été interpellé le 10 février 2017 à 17h35 puis gardé dans les locaux de la police à disposition du procureur qui l'a laissé aller le 11 février 2017 à 13h25 (PV des opérations du 11 février 2017, p. 2). Le prévenu a d'autre part été appréhendé le 26 mars 2017 à 11h45 par la police qui l'a relâché le même jour à 16h00 (P. 9), soit plus de trois heures après. Il y a donc effectivement lieu de déduire deux jours de détention avant jugement.

L'appel de A. \_\_\_\_\_ doit être admis sur ce point.

**8.** En définitive, l'appel du prévenu doit être très partiellement admis et celui du Ministère public partiellement admis.

Les frais de première instance, y compris l'indemnité due au défenseur d'office de A. \_\_\_\_\_ seront mis pour  $\frac{3}{4}$  à la charge de ce dernier, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

Vu le sort des appels, l'émolument d'arrêt, par 2'490 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; RSV 312.03.1]), sera mis à raison de neuf dixième à la charge de A. \_\_\_\_\_, le solde étant laissé à la charge de l'Etat (art. 428 al. 1 CPP).

Sur la base de la liste des opérations produite (P. 31), c'est une indemnité de défenseur d'office d'un montant de 1'389 fr. 35, TVA et débours inclus, qui sera allouée à Me Lionel Zeiter, ce qui correspond à 6h30 de travail d'avocat, une vacation et la TVA. Cette indemnité est mise à la charge de A. \_\_\_\_\_ à raison de 9/10, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

A.\_\_\_\_\_ ne sera tenu de rembourser à l'Etat la part de l'indemnité en faveur de son conseil d'office mise à sa charge que lorsque sa situation financière le permettra.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel pénale,  
appliquant les articles 34, 40, 47, 49 al. 2, 51, 69, 79, 103, 106, 177 CP;  
115 al. 1 let. b LEtr ; 19a, 19 al. 1 lit. b, c, d et g, 19bis LStup ; et 398 ss  
CPP,  
prononce :

- I. L'appel de A.\_\_\_\_\_ est très partiellement admis.
- II. L'appel du Ministère public est partiellement admis.
- III. Le jugement rendu le 15 novembre 2017 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est modifié comme il suit aux chiffres I, III, V et IX de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

- I. libère A.\_\_\_\_\_ du chef d'accusation de voies de fait;*
- II. prend acte du retrait de plainte et ordonne la cessation des poursuites pénale dirigée contre A.\_\_\_\_\_ s'agissant de l'infraction de violation d'une obligation d'entretien;*
- III. constate que A.\_\_\_\_\_ s'est rendu coupable d'injure, d'infraction et de contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants et d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers;*
- IV. condamne A.\_\_\_\_\_ à une peine pécuniaire de 20 (vingt) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. (dix francs);*
- V. condamne A.\_\_\_\_\_ à une peine privative de liberté de 6 (six) mois, sous déduction de 2 (deux) jours de détention avant jugement;*

VI. condamne A. \_\_\_\_\_ à une amende de 100 fr., convertible en 1 (un) jour de peine privative de liberté de substitution, en cas de non-paiement fautif ;

VII. ordonne la confiscation et la dévolution à l'Etat de la somme de 50 fr. (cinquante francs) séquestrée sous fiche n° 21214, ainsi que la confiscation et la destruction des produits stupéfiants séquestrés sous fiche S17.004189.

VIII. alloue à Me Lionel Zeiter, défenseur d'office de A. \_\_\_\_\_, à titre d'indemnité d'office, la somme de 1'744 fr. 20, débours, vacation et TVA compris.

IX. met trois quarts des frais de justice, dont à déduire la somme de 50 fr. d'ores et déjà versée, soit 3'039 fr. 40, à la charge de A. \_\_\_\_\_, ce montant comprenant les trois-quarts de l'indemnité allouée à son conseil d'office Me Lionel Zeiter, dont le remboursement ne sera exigible que lorsque la situation financière de A. \_\_\_\_\_ le permettra, le solde des frais étant laissé à la charge de l'Etat ".

- IV.** Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 1'389 fr. 35, TVA et débours inclus, est allouée à Me Lionel Zeiter.
- V.** Les frais d'appel, par 3'879 fr. 35, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office, sont mis par 9/10, soit 3'491 fr. 40 à la charge de A. \_\_\_\_\_, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.
- VI.** A. \_\_\_\_\_ ne sera tenu de rembourser à l'Etat les 9/10 de l'indemnité en faveur de son conseil d'office prévue au ch. IV. ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra.

Le président :

La greffière

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés **le 8 mai 2018**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Lionel Zeiter, avocat (pour A. \_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur du Ministère public Strada,
- Office d'exécution des peines,
- Service de la population,
- Secrétariat d'Etat aux migrations,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent jugement peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités fédérales; RS 173.71]. Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

La greffière :