

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE

Audience du 18 décembre 2012

Présidence de M. S A U T E R E L, président
Juges : Mme Favrod et M. Colelough
Greffière : Mme Bonnard

Parties à la présente cause :

H._____, prévenu, représenté par Me Olivier Carré, avocat de choix à Lausanne, appelant,

et

Ministère public, représenté par le Procureur de l'arrondissement de l'Est vaudois, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 18 septembre 2012, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a constaté que H._____ s'est rendu coupable d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers (séjour illégal) (I), a révoqué le sursis accordé à H._____ le 24 février 2011 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne (II), l'a condamné à une peine d'ensemble privative de liberté de 50 jours, sous déduction de 5 jours de détention avant jugement (III) et a mis les frais de la cause, arrêtés à 915 fr., à sa charge (IV).

B. Le 24 septembre 2012, H._____ a formé appel contre ce jugement. Par déclaration d'appel du 29 octobre 2012, il a conclu, avec suite de frais et dépens, à la modification du jugement entrepris en ce sens qu'il est libéré des fins de la poursuite pénale et qu'il est renoncé à la révocation du précédent sursis. A titre de mesure d'instruction, il a requis l'interpellation de l'Etablissement concordataire romand de détention administrative de Frambois, ainsi que du Service pénitentiaire vaudois, sur les raisons pour lesquelles, après sa détention administrative en vue de renvoi de Suisse, il avait fait l'objet d'une libération pure et simple.

Le 1^{er} novembre 2012, le Ministère public a déclaré s'en remettre à justice s'agissant de la recevabilité de l'appel et ne pas déposer d'appel joint.

Par courrier du 19 novembre 2012, le président de la Cour d'appel pénale a rejeté la réquisition de preuve de l'appelant en considérant que l'administration de cette preuve n'était pas nécessaire au traitement de l'appel et que le dossier contenait déjà de nombreux documents médicaux relatifs à l'état de santé de l'intéressé.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. H. _____ est né le 19 juillet 1957 à Topanice au Kosovo. Aîné d'une fratrie de cinq enfants, il a été élevé par ses parents dans son village natal. Il a effectué sa scolarité obligatoire jusqu'à l'âge de quinze ans, puis a entrepris une formation de jardinier paysagiste, sans toutefois obtenir de diplôme. Vivant à la charge de ses parents, sous réserve de quelques activités rémunérées, l'appelant est venu en Suisse en 1988. Il y a exercé l'activité de jardinier paysagiste en qualité de saisonnier jusqu'à l'obtention d'un permis B. A la suite d'un accident de travail survenu en 1993, il a bénéficié de prestations de l'assurance-invalidité (AI) dès 1997. Ces prestations ont été suspendues durant la détention de l'appelant qui sera évoquée ci-dessous. Par la suite, elle a fait l'objet d'une décision de suppression pour le motif qu'il conservait une capacité de travail résiduelle. Il a fait opposition à cette décision et la procédure est encore pendante. Actuellement, l'appelant ne bénéficie d'aucune ressource et il est aidé par sa femme et ses enfants.

L'appelant s'est marié en 1980. Deux filles et deux fils sont issus de cette union. Sa femme et ses enfants vivent en Suisse. Seul un frère avec lequel l'appelant est brouillé, en raison de sa condamnation intervenue le 27 août 2002, vit au Kosovo.

La femme de l'appelant travaille à 50% comme femme de ménage et perçoit un revenu variant entre 1'000 et 1'300 fr. par mois. Elle bénéficie du subside pour l'assurance-maladie. Le loyer du domicile conjugal s'élève à 1'270 fr. par mois.

Le casier judiciaire de l'appelant comporte les condamnations suivantes:

- 27.08.2002, Tribunal correctionnel de Lausanne, crime contre la loi fédérale sur les stupéfiants, 9 ans de réclusion,

- 24.02.2011, Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, entrée illégale et séjour illégal, peine pécuniaire de 20 jours-amende à 20 fr., sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 2 ans.

2. Frappé d'une interdiction d'entrée en Suisse dès le 6 août 2007 pour une durée indéterminée, H._____ a été expulsé de Suisse en 2007, soit après avoir été libéré conditionnellement le 7 juin 2005, avec délai d'épreuve de 5 ans, de l'exécution de sa peine de 9 ans de réclusion pour infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants.

Selon un rapport du 27 août 2010 établi par un médecin de la division psychiatrique de l'Hôpital de Pejë au Kosovo (P. 10), H._____ souffrait de dépression récurrente dont les symptômes (peurs, difficultés respiratoires, étouffement, palpitations cardiaques accélérées, état dépressif, insomnie, absence de volonté, isolement, maux de tête et autres troubles somatiques) seraient apparus suite à la séparation d'avec sa famille proche. Ces troubles étaient soignés.

Un autre rapport du 27 août 2010 émanant d'une clinique au Kosovo spécialisée dans les maladies internes (P. 10) fait état d'hypertension artérielle, de maladie rhumatismale de la colonne vertébrale avec douleurs à la jambe droite et spasmes des muscles vertébraux, troubles donnant lieu à un traitement médicamenteux.

Dans son audition, après opposition à l'ordonnance de condamnation, du 8 septembre 2011, l'appelant a exposé être parti du Kosovo pour vivre en Suisse à fin 2010, à la fois pour faciliter les démarches tendant à faire lever la suspension de sa rente AI, et pour quitter le Kosovo où la vie était difficile faute de moyens financiers, ainsi qu'en raison de la pénibilité de la séparation d'avec sa femme et ses enfants demeurés en Suisse.

Le 1^{er} décembre 2010, il s'est rendu aux urgences de l'Hôpital cantonal d'Aarau où une « hypertensive Herzkrankheit » a été diagnostiquée, ainsi qu'un syndrome de douleurs lombaires (P. 10).

Le 24 février 2011, il a été condamné à 20 jours-amende avec sursis et à une amende de 300 fr. pour être entré en Suisse illégalement et pour un séjour illégal du 11 au 27 novembre 2010. Dans les motifs de cette décision, il est indiqué qu'il était revenu en Suisse pour régler des problèmes avec l'AI et pour voir son épouse et ses enfants.

Le 20 avril 2011, le Service de la population (SPOP) a ordonné son arrestation, puis obtenu sa mise en détention administrative à Frambois. Durant cette détention, en raison de céphalées associées à un flou visuel alors qu'il était déjà soigné pour hypertension, il a été examiné aux Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) le 23 avril 2011 et le diagnostic principal d'hypertension essentielle (primitive) a été posé (P. 10). Par la suite, il a été hospitalisé aux HUG du 2 au 6 mai 2011 et les investigations cardiaques menées à cette occasion n'ont pas mis en évidence de troubles cardiaques, même si un trouble de la tension artérielle n'a pas pu être complètement exclu, des douleurs atypiques étant évoquées. Le 28 mai 2011, le médecin répondant de Frambois a toutefois certifié qu'il était contre indiqué d'expulser H._____ sous la contrainte pour raisons médicales (P. 6/5). La détention administrative a ensuite été levée le 30 mai 2011 sur ordre du SPOP en application de l'art. 80 al. 6 let a LETr, qui prévoit que la détention est levée lorsque le motif de la détention n'existe plus ou que l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles (P. 6/6).

Dans le cadre de la procédure AI, l'appelant devait se soumettre à un examen médical approfondi les 28 et 29 juin 2011 au Centre d'expertise médicale à Nyon (P. 6/7 et P. 6/8). Le 6 décembre 2011, son conseil a adressé à l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger, à Genève, une opposition au projet de décision de cette autorité. On y lit ce qui suit : « Sur le fond, mon client est très surpris de votre décision. Il est de plus en plus entravé dans sa santé. Il a eu un

blocage dorso-lombaire, récemment. Il marche en boitant. Il est en proie à toutes sortes de problèmes » (P. 10).

3. Par ordonnance pénale du 16 mai 2011, le procureur de l'arrondissement de l'Est vaudois a révoqué le sursis accordé à H._____ le 24 février 2011 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne et l'a condamné à une peine d'ensemble de 50 jours, sous déduction de 5 jours de détention préventive, en raison d'un séjour illégal du 20 février au 20 avril 2011.

Dans son opposition du 6 décembre 2011, l'appelant a indiqué contester la sanction (50 jours de privation de liberté), soit son exécution, incompatible avec son état de santé et non le fondement de la décision.

En droit :

1. Selon l'art. 399 al. 1 CPP, l'appel doit être annoncé dans les dix jours qui suivent la communication du jugement, soit la remise ou la notification du dispositif écrit. La déclaration d'appel doit, quant à elle, être déposée dans les vingt jours à compter de la notification du jugement motivé (art. 399 al. 3 CPP).

En l'occurrence, interjeté dans les formes et délais légaux par une partie ayant qualité pour le faire (art. 382 al. 1 CPP) et contre un jugement d'un tribunal ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel formé par H._____ est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

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).

3. H._____ conclut à sa libération des fins de la poursuite pénale.

3.1 L'appelant estime d'abord que le premier juge a violé le principe "*ne bis idem*" en le condamnant une deuxième fois pour les mêmes actes que ceux ayant fait l'objet de l'ordonnance pénale du 24 février 2011.

D'après le Tribunal fédéral, résider en situation irrégulière de manière durable et ininterrompue constitue un délit continu. La condamnation en raison de ce délit opère une césure. Le fait de perpétuer cette situation après le jugement constitue un acte indépendant. Le principe "*ne bis in idem*" ne s'oppose pas à une nouvelle condamnation à raison des faits non couverts par le premier jugement (ATF 135 IV 6).

Dans la présente procédure, il est reproché à l'appelant d'avoir séjourné illégalement en Suisse du 20 février au 20 avril 2011 alors qu'il a été condamné le 24 février 2011 pour un séjour illégal portant sur la période du 11 au 27 novembre 2010. Dès lors qu'il s'agit de deux périodes différentes de séjour illicite, le principe "*ne bis in idem*" n'a pas été violé.

3.2 L'appelant soutient qu'il n'a pas eu l'intention de commettre une infraction pénale. Toutefois, il savait qu'il n'avait pas le droit de séjourner en Suisse et a tout de même prolongé son séjour. Par acte concluant, il est manifeste que l'élément subjectif de l'infraction prévue à l'art. 115 al. 1 lit. b LEtr (loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20) est réalisé.

3.3 L'appelant soutient, à titre subsidiaire, qu'il doit être exempté de peine au sens de l'art. 52 CP.

Aux termes de l'art. 52 CP, l'autorité compétente renonce à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine, si tant sa culpabilité que les conséquences de son acte sont de peu d'importance. Il s'agit de deux conditions cumulatives (Dupuis et al., Petit commentaire du Code pénal, Bâle 2012, n. 1 ad art. 52 CP).

En l'occurrence, la culpabilité de l'appelant qui persiste à demeurer en Suisse alors qu'il sait pertinemment qu'il n'en a pas le droit n'est pas minime et n'est en tout cas pas compatible avec une exemption de peine au sens de la disposition précitée.

3.4 L'appelant invoque enfin un état de nécessité excusable.

En l'espèce, l'appelant ne peut à l'évidence se prévaloir d'aucun état de nécessité excusable. Au Kosovo, il était soigné et ses maux ne l'ont nullement empêché de faire le voyage jusqu'en Suisse, puis de passer des cantons d'Argovie à Vaud. Le fait qu'il n'était pas expulsable par la force pour raisons médicales à fin mai 2011 ne lève pas l'illicéité de son séjour illégal du 20 février au 20 avril 2011. S'il était dangereux de recourir à la force à son encontre, il n'était en revanche pas intransportable et il lui était donc parfaitement loisible de se conformer à la loi en quittant le territoire suisse, quitte à demander des sauf conduits pour se soumettre aux examens médicaux nécessités par la procédure AI. Il n'est donc pas resté en Suisse pour se prémunir d'un danger menaçant sa vie ou son intégrité corporelle, imminent et impossible à détourner autrement qu'en transgressant la loi pénale. Les art 17 et 18 CP ne sont donc pas applicables.

3.5 Au vu de ce qui précède, les moyens de l'appelant tendant à sa libération des fins de la poursuite pénale, mal fondés, doivent être rejetés.

4. H._____ conclut également à la non révocation du sursis précédent. Ce moyen sera traité en parallèle avec l'examen d'office de la peine infligée en première instance (art. 404 al. 2 CPP).

4.1 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).

4.2 Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté ferme de moins de six mois uniquement si les conditions du sursis à l'exécution de la peine (art. 42) ne sont pas réunies et s'il y a lieu d'admettre que ni une peine pécuniaire, ni un travail d'intérêt général ne peuvent être exécutés.

A titre de sanctions, le nouveau droit fait de la peine pécuniaire (art. 34 CP) et du travail d'intérêt général (art. 37 CP) la règle dans le domaine de la petite criminalité, respectivement de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. 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. En vertu du principe de la proportionnalité, il y a en règle générale lieu, 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. 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

coeur 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. Pour choisir la nature de la peine, le juge doit prendre en considération l'opportunité de la sanction déterminée, ses effets sur l'auteur et son milieu social, ainsi que son efficacité préventive (ATF 134 IV 97 c. 4; arrêt 6B_102/2012 du 22 juin 2012; arrêt 6B_128/2011 du 14 juin 2011 c. 3.1).

4.3 Aux termes de l'art. 46 CP, si, durant le délai d'épreuve, le condamné commet un crime ou un délit et qu'il y a dès lors lieu de prévoir qu'il commettra de nouvelles infractions, le juge révoque le sursis ou le sursis partiel. Il peut modifier le genre de la peine révoquée pour fixer, avec la nouvelle peine, une peine d'ensemble conformément à l'art. 49 CP. S'il n'y a pas lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions, le juge renonce à ordonner la révocation. Il peut adresser au condamné un avertissement et prolonger le délai d'épreuve de la moitié au plus de la durée fixée dans le jugement.

La révocation du sursis dépend des infractions commises dans le délai d'épreuve, lesquelles permettront d'établir un pronostic favorable ou défavorable (ATF 134 IV 140 c. 4.2). Seul un pronostic défavorable peut justifier la révocation; à défaut, le juge doit renoncer à celle-ci (ATF 134 IV 140 c. 4.3). Lorsqu'il s'agit de fixer le pronostic, le juge doit également tenir compte de l'effet dissuasif que peut exercer la nouvelle peine, si elle doit être exécutée; il en va de même s'agissant de l'effet de l'exécution d'une peine, à la suite de la révocation d'un sursis accordé précédemment (ATF 134 IV 140 c. 4.5).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe d'aggravation ne s'applique que lorsque plusieurs peines du même genre sont prononcées. Des peines d'un genre différent doivent être infligées de manière cumulative. Le tribunal ne peut ainsi prononcer une peine privative de liberté d'ensemble que s'il aurait prononcé dans le cas concret une peine privative de liberté pour chaque acte pris isolément. Ces conditions s'appliquent aussi pour la formation de la peine

complémentaire en cas de concours rétroactif. Le deuxième juge est lié par la première décision entrée en force en ce qui concerne le genre de la peine. La formation de la peine d'ensemble selon l'art. 49 CP est ainsi régie par le principe de la proportionnalité. Dans le cas du concours rétroactif, le deuxième juge n'a pas la compétence de modifier le genre de la peine de la première décision entrée en force. En appliquant par analogie ces principes à la procédure selon l'art. 46 al. 1 2^e phrase CP, la modification de la peine est exclue – en particulier au détriment du condamné (ATF 137 IV 249, JT 2012 IV 205 c. 3.4.2 et les références citées).

4.4 En l'espèce, l'appelant a résidé illégalement en Suisse du 20 février au 20 avril 2011 quand bien même il avait déjà été condamné le 24 février 2011 pour la même infraction. Il a poursuivi son séjour sans prendre en considération l'avertissement qui lui avait été donné sous la forme d'un sursis. A charge, outre la récidive pendant le délai d'épreuve et le risque de récidive spéciale élevé, il faut mentionner également que l'appelant n'a manifesté aucune intention de quitter la Suisse pour retourner vivre au Kosovo. A décharge, il sera tenu compte de sa situation économique précaire, ainsi que de l'admission des faits qui lui sont reprochés.

4.5 S'agissant du type de peine à infliger, il convient préalablement de déterminer si les conditions du sursis sont réunies ou non, point déterminant au regard de l'art. 41 al. 1 CP. Cette question s'examine selon les critères posés par l'art. 42 CP (à cet égard, cf. ATF 135 IV 180 c. 2.1).

Il apparaît en l'espèce que la condamnation à des jours-amende avec sursis n'a eu aucun impact sur H._____ qui a persisté à séjourner en Suisse. En outre, il est frappant de constater que l'appelant est revenu illicitement en Suisse à fin 2010 alors que c'est en été 2010 que son délai de libération conditionnelle a pris fin. On peut légitimement en inférer que seule la perspective d'une révocation, donc de devoir purger la fin de sa peine, l'a tenu hors de Suisse. En revanche, la

perspective de s'exposer à un autre genre de peine comme des jours-amende ne l'a pas freiné. Cela ne peut que conduire à poser un pronostic défavorable excluant l'octroi du sursis.

Il convient ensuite de déterminer si une peine pécuniaire, respectivement un travail d'intérêt général, peuvent être exécutés. Le travail d'intérêt général doit d'emblée être exclu dès lors que l'appelant n'a aucun droit de demeurer en Suisse (arrêt 6B_541/2007 du 13 mai 2008 c. 4.2.4). Par ailleurs, prononcer des jours-amende apparaît dénué de toute efficacité au vu de son insensibilité à ce type de sanction.

En conséquence, seule une peine privative de liberté paraît être de nature à détourner l'appelant de commettre de nouvelles infractions à l'avenir et rien n'indique que son état de santé serait incompatible avec une détention, sa libération de Frambois tendant à l'impossibilité médicale de son renvoi forcé. La peine de moins de 6 mois peut être purgée en semi-détention (art. 79 CP) et si sa santé l'exige, il peut bénéficier d'un régime dérogatoire, par exemple en séjournant dans un établissement approprié et non dans un établissement d'exécution des peines (art. 80 CP).

4.6. Enfin, la révocation du précédent sursis s'impose vu la récidive spéciale, la persistance chez l'appelant à commettre durablement la même infraction et son incapacité de tirer le moindre enseignement de sa première condamnation à la LEtr. En revanche, le premier juge a converti la peine pécuniaire en une peine d'ensemble privative de liberté, aggravant ainsi la situation de l'intéressé de façon contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ch. 4.3 ci-dessus).

4.7 Compte tenu de ce qui précède, il convient d'ordonner l'exécution de la peine pécuniaire de 20 jours-amende à 20 francs et de prononcer, au vu de la culpabilité de l'appelant et de sa situation personnelle, une peine privative de liberté de 30 jours, sous déduction de 5 jours de détention préventive.

5. En définitive, l'appel de H._____ doit être partiellement admis.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel doivent être mis par deux tiers à la charge de l'appelant qui obtient très partiellement gain de cause (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
appliquant les art. 41 al. 1, 46 al. 1, 47, 50, 51 CP; 115 al. 1 let. b LEtr;
398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel formé par H._____ est partiellement admis.
- II. Le jugement rendu le 18 septembre 2012 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est modifié aux chiffres II et III de son dispositif et confirmé pour le surplus, le dispositif étant désormais le suivant :
 - I. Constate que H._____ s'est rendu coupable d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers (séjour illégal);*
 - II. Révoque le sursis accordé à H._____ le 24 février 2011 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne et ordonne l'exécution de la peine pécuniaire de 20 jours-amende à 20 francs;*
 - III. Condamne H._____ à une peine privative de liberté de 30 (trente) jours, sous déduction de 5 (cinq) jours de détention avant jugement, peine très partiellement complémentaire;*
 - IV. Met les frais de la cause, arrêtés à 915 fr., à la charge de H._____.*
- III. Les frais d'appel, arrêté à 1'910 fr., sont mis par deux tiers à la charge de H._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

Le président :

La greffière :

Du 20 décembre 2012

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué à l'appelant et aux autres intéressés.

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Olivier Carré, avocat (pour H. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Service de la population (division Etrangers, 19.07.1957),

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), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :