

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 3 mai 2023

Composition : M. PARRONE, président
MM. Winzap et Pellet, juges
Greffière : Mme Willemin Suhner

Parties à la présente cause :

B., prévenu et appellant, représenté par Me Mathias Micsiz, défenseur
d'office à Lausanne,

et

MINISTERE PUBLIC, appellant, représenté par la Procureure de
l'arrondissement de l'Est vaudois.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 14 décembre 2022, le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois a reçu l'opposition formée par B. à l'ordonnance pénale du 19 août 2022 du Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois (I), l'a libéré du chef d'infraction à la loi fédérale sur les armes (art. 33 al. 1 let. a) (II), a constaté qu'il s'était rendu coupable d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (art. 115 al. 1 let b) et de contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants (III), l'a condamné à une peine pécuniaire de 90 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 30 francs (IV), a suspendu l'exécution de cette peine et fixé au condamné un délai d'épreuve de 3 ans (V), l'a également condamné à une amende de 300 fr. convertible en 3 jours de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif (VI) et a statué sur les frais et indemnité (VII à IX).

B. Par annonce du 15 décembre 2022, puis déclaration motivée du 30 janvier 2023, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Ministère public ou la procureure) a formé appel contre ce jugement, en concluant à ce que B. soit condamné pour infraction à l'art. 33 al. 1 let. a LArm (loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions du 20 juin 1997 ; RS 514.54) et infraction au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI (loi fédérale sur les étrangers et l'intégration ; RS 142.20) à une peine privative de liberté de 180 jours et à ce que l'entier des frais de la cause ainsi que les frais de la procédure d'appel soient mis à sa charge.

Par annonce du 20 décembre 2022, puis déclaration motivée du 31 janvier 2023, B. a formé appel contre ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'il est libéré de toute infraction, aucune sanction n'étant prononcée à son encontre, et que les frais de la cause sont laissés à la charge de l'Etat et, subsidiairement, à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. B., célibataire et sans enfant, est né le [...] 1990 au Kosovo, pays dont il est ressortissant. Il est arrivé en Suisse à l'âge d'un an et y a effectué toute sa scolarité obligatoire, sans obtenir par la suite de formation certifiée. Il est sans emploi et vit au domicile de ses parents, qui subviennent à ses besoins, avec également l'aide de ses frères et sœurs. Il a des dettes s'élevant à environ 60'000 francs. Sur le plan administratif, B. ne dispose d'aucun titre de séjour en Suisse, le Chef du Département de l'économie et du sport du canton de Vaud ayant révoqué son autorisation d'établissement et prononcé son renvoi, par décision du 5 avril 2017, confirmée le 15 janvier 2018 par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal, puis le 5 septembre 2018 par le Tribunal fédéral (P. 20/2).

Selon l'extrait du casier judiciaire suisse, B. a été condamné le 25 mars 2014, par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois, pour tentative de meurtre, lésions corporelles simples avec un moyen dangereux, délit contre la loi sur les armes et contravention à la loi sur les stupéfiants, à une peine privative de liberté de 3 ans et 6 mois (libération conditionnelle le 18.04.2018, délai d'épreuve jusqu'au

08.06.2019, peine restante 1 an, 1 mois et 21 jours) et à une amende de 100 francs ; il a en outre été soumis à un traitement ambulatoire au sens de l'art. 63 CP (abrogation de la mesure le 06.06.2019).

Il ressort de cette condamnation – rectifiée par prononcé du lendemain et confirmée le 22 août 2014 par la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal, puis le 25 novembre 2015 par le Tribunal fédéral – que B. a été condamné pour avoir notamment, dans la nuit du 30 septembre au 1^{er} octobre 2011, vers minuit, en présence d'un ami, alors qu'il avait bu de l'alcool et consommé du cannabis, asséné quatre coups de couteau – au moyen d'un couteau de type papillon – à un jeune homme, au niveau du thorax et au niveau du cou ; B. s'en était pris à la victime et aux amis de celle-ci, qu'il ne connaissait pas, car les intéressés lui avaient fait une remarque après qu'il avait donné un coup de pied contre la vitrine d'un fast-food parce que le commerce était fermé.

2.

2.1 Du 12 décembre 2018, soit au lendemain de l'annonce de son départ de la Suisse pour le Kosovo, et jusqu'au 10 juillet 2022, à tout le moins, à Clarens et Montreux notamment, B., ressortissant du Kosovo, a séjourné en Suisse alors que son autorisation d'établissement avait été révoquée et que son renvoi de Suisse avait été prononcé par décision du 5 avril 2017 du Chef du Département de l'économie et du sport du canton de Vaud.

2.2 Du 19 août 2019 (les faits antérieurs étant prescrits) au 10 juillet 2022, à tout le moins, à Clarens et Montreux notamment, B. a régulièrement consommé du cannabis, à raison de deux joints par jour, dépensant entre 200 et 300 fr. mensuellement pour acquérir ces stupéfiants.

2.3 Le 10 juillet 2022, à Montreux, B. a remis à son ami E. 2.35 grammes bruts de résine de cannabis, en possession desquels ce dernier a été interpellé.

2.4 Le 10 juillet 2022, vers 1 heure, dans l'enceinte du [...] Festival, B. était, sans droit, en possession d'une arme, soit un couteau papillon noir de marque Balisong mesurant 21 cm, avec une lame de 8.5 cm, qui lui avait été remise plus tôt dans la soirée par E., lui-même retrouvé en possession d'une autre arme, un spray CS.

3. Par ordonnance pénale du 19 août 2022, le Ministère public a condamné B. à une peine privative de liberté de 180 jours et à une amende de 300 fr., convertible en 3 jours de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement dans le délai imparti, pour infraction à la LArm, infraction à la LEI et contravention à la LStup.

Le 25 août 2022, B. a formé opposition contre cette ordonnance pénale.

Par avis du 31 août 2022, le Ministère public a informé B. qu'il avait décidé de maintenir sa décision et qu'il transmettait le dossier au Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois en vue des débats, l'ordonnance pénale tenant lieu d'acte d'accusation.

En droit :

I. Recevabilité

1. Interjetés dans les formes et délais légaux (art. 385 et 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) par des parties ayant qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), les appels du Ministère public et de B. sont recevables.

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 (al. 3 let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (al. 3 let. b) et pour inopportunité (al. 3 let. c).

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).

II. Appel de B.

3.

3.1 B. conteste sa condamnation pour séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI. Il ne remet pas en question la matérialité des faits qui lui sont reprochés, mais conteste la qualification juridique retenue et

se plaint d'une violation du droit. En substance, il soutient tout d'abord que la décision de révocation de son autorisation d'établissement et de renvoi dont il a fait l'objet le 5 avril 2017 devrait être assimilée à une décision d'expulsion et que, partant, il ne pourrait pas être condamné pour séjour illégal, infraction subsidiaire à la rupture de ban (art. 291 CP [Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0]), qui aurait dû être retenue en tant que *lex specialis*. Il s'appuie sur la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de droit public sur la coordination entre l'expulsion pénale (art. 66a ss CP) et la révocation de l'autorisation d'établissement fondée sur des motifs tirés de la commission d'infractions (art. 63 al. 3 LEI), qui retient qu'un renvoi, prononcé par une autorité administrative, n'est pas admissible lorsque le juge pénal a expressément renoncé à l'expulsion (ATF 146 II 1), voire lorsque le jugement pénal ne traite tout simplement pas la question (ATF 146 II 321). L'appelant déduit de cette jurisprudence que l'expulsion pénale prévue aux art. 66a ss CP et la révocation d'une autorisation de séjour et ordre de renvoi prononcés en raison d'infractions pénales poursuivent le même but et remplissent une fonction équivalente, de sorte qu'une décision de renvoi devrait être assimilée à une expulsion. B. allègue ensuite qu'il ne pouvait pas être condamné pour rupture de ban, dans la mesure où il n'a pas été renvoyé devant le tribunal pour cette infraction.

3.2

3.2.1 A teneur de l'art. 291 al. 1 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 (TF 6B_1191/2019 du 4 décembre 2019 consid. 5.1 ; TF 6B_559/2008 du 12 septembre 2008 consid. 2.2 ; ATF 70 IV 174, qui conserve sa pertinence pour les étrangers expulsés). La rupture de ban est un délit continu qui est réalisé aussi longtemps que dure le séjour illicite (ATF 135 IV 6 consid. 3.2 p. 9; ATF 104 IV 186 consid. 1b).

Les art. 66a et 66a bis CP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, régissent l'expulsion pénale (respectivement obligatoire ou facultative) du ressortissant étranger condamné pour un crime ou un délit (cf. notamment catalogue d'infractions de l'art. 66a al. 1 CP). Le renvoi et l'expulsion d'un ressortissant étranger sont également possibles au titre de mesures d'éloignement en vertu des art. 64, 65 et 68 LEI (avant le 1^{er} janvier 2019, LEtr [RO 2007 5437]). Pour éviter que les personnes expulsées ne reviennent en Suisse, l'Office fédéral des migrations peut ordonner une interdiction d'entrée (art. 67 LEI). Ces mesures administratives existaient déjà avant l'entrée en vigueur des art. 66a ss CP.

3.2.2 Aux termes de l'art. 115 al. 1 let. b LEI, 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. Cette disposition consacre un délit continu (ATF 145 IV 449 consid. 1.1).

L'art. 115 al. 1 let. a et b LEI 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 254 consid. 2.2.1 ; ATF

147 IV 232 consid. 1.1 et les références citées ; ATF 104 IV 186 consid 5b ; ATF 100 IV 244 consid. 1 ; TF 6B_11/2009 du 31 mars 2009 consid. 4.1 concernant l'ancien droit des étrangers [art. 23 al. 1 pars. 4 LSEE ; RO 49 279]). 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 précité consid. 1.1 et les références citées ; en lien avec l'ancien droit : ATF 100 IV 244 consid. 1 ; TF 6B_11/2009 précité consid. 4.1 ; Corboz, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3^e éd. 2010, nos 20 et 32 ad art. 291 CP).

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 (Bichovsky, in *Commentaire romand* [ci-après : CR], Code pénal II, 2017, n° 12 ad art. 291 CP ; Corboz, *op. cit.*, n° 20 ad art. 291 CP ; Sauthier, in *Code annoté de droit des migrations*, vol. 11 : Loi sur les étrangers [LEtr], 2017, p. 1308 en lien avec l'art. 115 LEI). 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 (cf. Mignoli, in *StGB Annotierter Kommentar*, 2020, n° 9 ad art. 291 CP ; Bichovsky, CR, *op. cit.*, n° 26 ad art. 291 CP ; Corboz, *op. cit.*, n° 32 ad art. 291 CP ; cf. sous l'ancien droit : ATF 104 IV 186 consid. 5b p. 191).

Bichovsky (CR, *op. cit.*, n°6 ad art. 291 CP) relève que la doctrine semble partagée sur le fait de savoir si une décision de renvoi prononcée sur la base des art. 64 ss LEI assortie d'une interdiction

d'entrée fondée sur l'art. 67 LEI tombe sous le coup de l'art. 291 CP ou de l'art. 115 LEI. Pour certains, ce cas de figure doit être assimilé à une expulsion ; ainsi, l'art. 115 LEI est subsidiaire à l'art. 291 CP. Pour d'autres, auxquels l'auteur se rallie sans vraiment expliquer pourquoi, seul l'art. 115 LEI s'applique.

3.3 La première juge a considéré qu'aucune décision d'expulsion n'avait été prononcée à l'encontre de l'appelant, que la décision rendue le 5 avril 2017 par le Chef du Département de l'économie et du sport constituait une décision de renvoi et qu'il n'y avait pas lieu de retenir la rupture de ban (jugement, p. 9). Elle a ainsi condamné B. pour séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI.

La Cour d'appel pénale relève, en premier lieu, qu'on ne saurait suivre le raisonnement de l'appelant, selon lequel il ne pouvait pas être condamné pour rupture de ban au motif qu'il n'avait pas été renvoyé devant le tribunal pour dite infraction. En effet, le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation mais non par l'appréciation juridique qu'en fait le ministère public (art. 350 al. 1 CPP). Or, en l'espèce, c'est bien la qualification juridique que conteste l'appelant et non le comportement qui lui est reproché, soit le fait d'avoir séjourné en Suisse du 12 décembre 2018, soit au lendemain de l'annonce de son départ de la Suisse pour le Kosovo, et jusqu'au 10 juillet 2022, alors que son autorisation d'établissement avait été révoquée et que son renvoi de Suisse avait été prononcé par décision du 5 avril 2017 du Chef du Département de l'économie et du sport du canton de Vaud. Il en résulte que le tribunal de première instance aurait pu retenir l'infraction de rupture de ban s'il avait considéré que les faits pour lesquels B. était renvoyé réunissaient les éléments constitutifs de dite infraction, moyennant une information préalable faite à la défense et la possibilité

donnée à celle-ci de se prononcer sur cette qualification juridique (art. 344 CPP). Le tribunal a cependant décidé de retenir l'infraction à la LEI.

Ensuite, la Cour de céans considère, à l'instar de la première juge, que les faits reprochés à B. ne sont pas constitutifs de rupture de ban au sens de l'art. 291 CP, mais bien d'infraction au sens de l'art. 115 al 1 let. b LEI.

Premièrement, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral récente rappelée ci-dessus (cf. consid. 3.2.2), il y a lieu d'effectuer une distinction claire entre décision d'expulsion et décision de renvoi et de n'appliquer l'art. 291 CP qu'à celui qui contrevient à une expulsion, ce qui n'est 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, auquel cas l'art. 115 LEI s'applique. Même si les références jurisprudentielles citées par le Tribunal fédéral pour appuyer la distinction susmentionnée sont toutes antérieures à l'introduction le 1^{er} décembre 2016 des art. 66a ss CP et se réfèrent à un arrêt ancien (cf. ATF 100 IV 244), le texte du Tribunal fédéral est limpide et a été rendu selon les dispositions en vigueur actuellement. Or, en l'espèce, le prénommé a fait l'objet le 5 avril 2017 d'une décision de révocation de son autorisation d'établissement et de renvoi et un délai immédiat lui a été imparti pour quitter la Suisse, décision prise par l'autorité administrative en application de l'art. 63 al. 1 let. a et b LEI (avant le 1^{er} janvier 2019, LEtr) ainsi que de l'art. 80 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201). Il n'a en revanche pas fait l'objet d'une décision d'expulsion (art. 68 LEI [avant le 1^{er} janvier 2019, LEtr]), laquelle aurait pu être prononcée par les autorités administratives au titre de mesure d'éloignement, après que B. a été condamné par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement

de l'Est vaudois, le 25 mars 2014. Par, ailleurs, la décision de renvoi n'a pas été assortie d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse (art. 67 LEI [LEtr avant le 1^{er} janvier 2019]). Cela étant, le prononcé d'une mesure d'expulsion administrative assortie d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse n'aurait pas été contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral dont se prévaut l'appelant (ATF 146 II 1 et ATF 146 II 321), car le Tribunal correctionnel n'avait pas renoncé à l'expulsion, cette mesure n'existant pas à l'époque où il a rendu son jugement (25 mars 2014).

Deuxièmement, il convient de constater que la peine menace de l'art. 115 LEI est une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire alors que la peine menace de l'art. 291 CP est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Ainsi, en l'occurrence, on pourrait considérer qu'en condamnant B. pour infraction à la LEI au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI, le Ministère public a appliqué la disposition la plus favorable au prévenu, en le libérant (implicitement) d'une accusation de rupture de ban qui aurait permis de le sanctionner plus lourdement.

On ajoutera qu'en l'occurrence, le SPOP avait impartit un « délai immédiat » à B. pour quitter la Suisse et que l'intéressé avait annoncé son départ de Suisse pour le Kosovo (P. 20/1, courriel du SPOP du 18.08.2022 pièces de forme). Il n'a cependant pas quitté la Suisse ou est visiblement très rapidement revenu. Il ne s'agit pas dans de telles circonstances d'une « expulsion » au sens commun du terme.

Le grief soulevé par l'appelant est ainsi mal fondé, de sorte que sa condamnation pour infraction au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI doit être confirmée, les conditions objectives et subjective de l'infraction étant réalisées.

III. Appel du Ministère public

4.

4.1 Dans un premier moyen, le Ministère public conteste l'application par le tribunal de l'art. 17 CP. Il relève que les versions de B. et d'E. ne correspondent pas aux inventaires de police, dès lors que B. a, selon dits inventaires, été retrouvé en possession du couteau et que E. a été retrouvé en possession du spray CS. L'appelant n'aurait dès lors pas dépossédé E. de toutes ses armes, de sorte que le but allégué – soit éviter une vengeance avec une arme – ne serait pas atteint. Le Ministère public considère, par ailleurs, que même en retenant la version de l'appelant, soit le fait qu'il aurait été en possession des deux armes, il ne saurait être fait application de l'art. 17 CP. Selon la procureure, B. n'aurait manifestement pas pris possession du couteau en vue de parer à un danger imminent et impossible à détourner autrement, mais aurait agi seulement pour « *calmer le jeu* », dès lors qu'E. – dont l'intention aurait été uniquement de « *faire peur* » à ses assaillants – s'est rapidement « *calmé* » et qu'ils ont ensuite tous deux patienté dans la file d'attente avant de se faire interpeller lors d'une fouille à l'entrée du bar.

4.2 L'art. 17 CP dispose que quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à éviter autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants. Le Code pénal distingue ainsi l'état de nécessité licite (art. 17 CP) de l'état de nécessité excusable (art. 18 CP). L'auteur qui se trouve en état de nécessité licite sauvegarde un bien d'une valeur supérieure au bien lésé et agit de manière licite. En cas de nécessité excusable, les biens en conflit sont de

valeur égale ; l'acte reste illicite, mais la faute de l'auteur est exclue ou, à tout le moins, atténuée.

Que l'état de nécessité soit licite ou excusable, l'auteur doit commettre l'acte punissable pour se préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement (TF 6B_825/2016 du 6 juillet 2017 consid. 3.1). Il suppose donc l'existence d'un danger, qui se définit comme toute situation comportant, selon le cours ordinaire des choses, une certaine probabilité de voir un bien juridique lésé (Dupuis et al. [éd.], op. cit., n. 6 ad art. 17 CP et la référence citée). Ce danger doit être imminent, c'est-à-dire ni passé ni futur, mais actuel et concret (ATF 122 IV 1 consid. 3a), et ne pas pouvoir être détourné autrement (ATF 108 IV 120 cons. 5, JdT 1983 IV 112). L'impossibilité que le danger puisse être détourné autrement implique une subsidiarité absolue (TF 6B_176/2010 du 31 mai 2010 consid. 2.1 ; TF 6S.529/2006 du 8 février 2007 consid. 4). Elle constitue une condition à laquelle aucune exception ne peut être faite (TF 6B_825/2016 précité et les références citées). En d'autres termes, celui qui dispose de moyens licites pour préserver le bien juridique menacé ne peut pas se prévaloir de l'état de nécessité (TF 6B_343/2016 du 30 juin 2016 consid. 4.2 ; TF 6B_1056/2013 du 20 août 2014 consid. 5.1 et les références citées). L'acte incriminé doit ainsi correspondre à un moyen nécessaire et proportionné, à même d'atteindre le but visé, et peser manifestement moins lourd que les intérêts que l'auteur cherche à sauvegarder (ATF 129 IV 6 consid. 3.3 et les arrêts cités, JdT 2005 IV 215).

4.3

4.3.1 La première juge a libéré B. d'infraction à la LArm au sens de l'art. 33 al. 1 let. a, en se fondant sur les déclarations du prénommé et d'E. recueillies le soir des faits. Elle a retenu que B. avait agi en état de nécessité licite (art. 17 CP), parce qu'il avait pris le couteau d'E. afin

d'éviter que celui-ci n'aille en découdre avec des personnes qui l'avaient agressé plus tôt dans la soirée. Le tribunal a ainsi admis l'existence d'un danger imminent qui ne pouvait être détourné autrement.

4.3.2 Aux débats d'appel, B. a plaidé qu'il fallait retenir sa version constante, à savoir qu'il aurait pris possession des deux armes d'E., soit le couteau et le spray CS, de sorte que l'inventaire de la police contiendrait une erreur à cet égard. Il a encore soutenu que même s'il n'avait détenu que le couteau, cela n'aurait pas d'incidence, car il se serait alors à tout le moins emparé de l'arme la plus dangereuse. Il aurait agi de la sorte car, en raison de son expérience, il savait comment les choses pouvaient dégénérer, ce qu'il voulait absolument éviter.

4.4 En l'espèce, la Chambre de céans retient que B., contrairement à ce qu'il prétend, n'a pas dépossédé son ami du spray CS, puisque c'est bien E. qui en a été retrouvé porteur, selon l'inventaire de la police (P. 9). Ce document est du reste corroboré par les déclarations d'E., qui n'a pas contesté lors de son audition avoir été trouvé en possession d'un spray CS et qui a indiqué qu'au moment de la fouille par les agents de sécurité que « le couteau » était sur B., sans mentionner le spray CS (PV aud.1, p. 3). Or, si l'objectif de l'appelant était d'éviter que la situation ne dégénère, on ne comprend pas pourquoi il aurait laissé ce spray à son acolyte. Quoi qu'il en soit, au moment où B. a pris possession du couteau, les deux comparses se trouvaient à l'entrée du bar, mais n'y avaient pas encore pénétré. Ils ont alors aperçu un des prétendus agresseurs et E. a montré ses armes à l'appelant. Il n'y avait à ce stade pas de geste d'attaque ou de velléité d'en découdre, l'agresseur n'étant pas décrit comme menaçant, même si il les aurait provoqués par gestes. Il ne saurait ainsi être retenu qu'il existait un danger imminent et impossible à détourner autrement. Surtout, si l'objectif de l'appelant était d'éviter que

la situation ne dégénère, on comprend mal pourquoi il a décidé de rejoindre E. au [...] Festival à la demande de celui-ci pour « *l'aider* » parce que son ami s'était fait frapper (PV aud. 2 p.3) et, qu'une fois sur place, en constatant qu'E. avait un œil au beurre noir et qu'il lui manquait trois dents (PV aud. 2 p. 3), B. a décidé de retourner dans le bar où son ami se serait fait agresser. Les intentions alléguées par l'appelant sont ainsi peu crédibles et tout porte à croire qu'il a en réalité voulu « *aider* » son ami à se venger. Or, B. aurait pu décider de raccompagner son ami blessé à la maison ou l'accompagner aux urgences. De même, lorsqu'ils ont patienté dans la file d'attente pour pouvoir entrer dans le bar, qu'E. a montré à l'appelant un couteau papillon et un spray CS et que les intéressés ont vu l'une des personnes qui auraient attaqué E. auparavant (PV aud. 2, p. 3), les deux amis auraient pu renoncer à entrer dans le bar, changer d'endroit ou s'éloigner, voire remettre les armes aux agents de sécurité, si l'objectif était d'éviter les ennuis. La Cour de céans considère qu'en agissant comme il l'a fait, soit en rejoignant son ami qui avait eu une altercation physique, en décidant de retourner avec celui-ci sur le lieu de l'altercation et en prenant le couteau papillon de l'intéressé, B. n'a nullement permis de parer à un danger imminent qui ne pouvait être détourné autrement, mais qu'il s'est en réalité mis dans une situation dangereuse qui aurait pu gravement dégénérer, si les agents de sécurité présents à l'entrée du bar n'avaient pas, grâce au contrôle effectué, découvert le couteau papillon.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de faire application de l'art. 17 CP, de sorte que B. doit être reconnu coupable d'infraction au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LArm. Le recours du Ministère public doit être admis sur ce point.

5.

5.1 Dans un second moyen, le Ministère public conteste la peine prononcée. Il requiert que l'appelant soit condamné à une peine privative de liberté de 180 jours, ferme. Il se réfère en particulier à la « Directive sur le retour » et à la jurisprudence rendue en la matière (ATF 143 IV 249), dont il résulte, en matière de séjour illégal, que la question de la sanction sous forme de peine privative de liberté ou de peine pécuniaire dépend de la collaboration de la personne concernée à la procédure. La procureure considère qu'en l'occurrence l'appelant, en possession de documents d'identité valables et à l'encontre duquel une injonction de quitter le territoire a été émise, peut être sanctionné par une peine privative de liberté. S'agissant de la quotité de la peine, le Ministère public invoque que la durée du séjour illégal reproché à B. est de près de quatre ans.

5.2

5.2.1 Selon l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (let. a) et s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée (let. b). L'art. 41 CP a pour but de garantir à l'Etat l'exercice de son droit de répression et doit être interprété restrictivement (Dupuis et al. [éd.], Petit commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, n. 1 in fine ad art. 41 CP). La condition de l'art. 41 al. 1 let. b CP reflète la subsidiarité de la peine privative de liberté (Dupuis et al. [éd.], op. cit., n. 3 ad art. 41 CP).

La peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité, les peines privatives de liberté ne devant être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Lorsque tant une peine pécuniaire qu'une peine privative de liberté entrent en considération et

que toutes deux apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu, conformément au principe de la proportionnalité, d'accorder la priorité à la première, qui porte atteinte au patrimoine de l'intéressé et constitue donc une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle (ATF 147 IV 241 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence, les critères applicables au choix de la peine sont les mêmes qui fondent la mesure de celle-ci : l'opportunité d'une sanction déterminée joue un rôle important et les décisions sur ces points exercent l'une sur l'autre une influence réciproque (ATF 137 IV 241 consid. 3.2). Pour déterminer le genre de peine devant sanctionner une infraction au regard de l'art. 47 CP, il convient donc notamment de tenir compte de la culpabilité de l'auteur (ATF 147 IV 241 consid. 3.2). Lorsque différents genres de peine entrent en considération, la culpabilité de l'auteur ne peut constituer le critère décisif, mais doit être appréciée aux côtés de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 147 IV 241 consid. 3.2).

5.2.2 Aux termes de 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).

Selon cette disposition, le juge fixe donc la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Celle-ci 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 142 IV 137 consid. 9.1 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 ; TF 6B_1463/2019 du 20 février 2020 consid. 2.1.1).

5.2.3 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. Pour satisfaire à cette règle, le juge, dans un premier temps, fixera la peine pour l'infraction 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 les autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (ATF 145 IV 1 consid. 1.3 ; ATF 144 IV 313 consid. 1.1.2 ; ATF 127 IV 101 consid. 2b).

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'elle. 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 (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1 ; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2 ; ATF 138 IV 120 consid. 5.2). Que les dispositions pénales applicables prévoient abstraitement des peines de même genre ne suffit pas (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1 ; ATF 144 IV 217 consid. 2.2 ; ATF 138 IV 120 consid. 5.2). Si les sanctions envisagées concrètement ne sont pas du même genre, elles doivent être prononcées cumulativement (ATF 144 IV 313 consid. 1.1 ; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2 ; ATF 138 IV 120 consid. 5.2 ; ATF 137 IV 57 consid. 4.3.1).

5.3

5.3.1 La première juge, qui a libéré l'appelant de l'infraction à la LArm et l'a condamné pour séjour illégal au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à 30 fr. le jour, avec sursis durant 3 ans, s'est fondée, s'agissant du type de peine à prononcer, sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle une application de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr conforme à la Directive sur le retour et à la jurisprudence européenne impose qu'il soit renoncé à prononcer et à exécuter une peine privative de liberté lorsque l'intéressé en séjour illégal fait l'objet d'une décision de renvoi et que les mesures nécessaires pour procéder à l'éloignement n'ont pas encore été mises en œuvre (ATF 143 IV 249 consid. 1.9). Elle a relevé que la jurisprudence concernée était pleinement applicable, puisque l'instruction n'avait pas établi que l'appelant aurait fait l'objet de mesures d'exécution concrètes ensuite de la décision de renvoi rendue le 5 avril 2017 à son encontre. Le Tribunal a

accordé le sursis au motif que B. n'avait jamais été condamné pour des infractions à la LEI et que la perspective d'avoir à exécuter la peine pécuniaire prononcée suffisait à l'inciter à entreprendre toutes les démarches nécessaires en vue de mettre fin à son séjour illégal en Suisse.

5.3.2 Aux débats d'appel, B. a contesté qu'une peine privative de liberté puisse être prononcée à son encontre, se référant sur ce point au jugement de première instance.

5.4 En l'espèce, en sus de la contravention à la LStup sanctionnée par une amende – non contestée par l'appelant, même s'il conclut à son acquittement total et à sa libération de toute infraction –, B. s'est rendu coupable d'infraction au sens de l'art 33 al. 1 let. a LArm et d'infraction au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI entre le 12 décembre 2018 et le 10 juillet 2022.

S'agissant du type de peine à prononcer, la jurisprudence du Tribunal fédéral – à laquelle s'est référée la première juge et que l'appelant a rappelée aux débats d'appel pour justifier le prononcé d'une peine pécuniaire –, ne s'applique pas en l'espèce. Le Tribunal fédéral considère en effet que la « Directive sur le retour » n'est 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), ce qui est le cas en l'occurrence, compte tenu de l'infraction à la LArm.

Le prononcé d'une peine privative de liberté s'impose en l'espèce, tant s'agissant du séjour illégal que de la possession d'une arme, en tant qu'il s'agit du seul type de peine susceptible de détourner B. de la commission de nouvelles infractions. En effet, malgré la révocation de son

autorisation d'établissement et le prononcé de son renvoi et bien qu'il ait annoncé aux autorités son départ de Suisse pour le Kosovo, l'appelant est resté en Suisse, ou du moins y est revenu très rapidement, et a séjourné illégalement dans le pays sans discontinuer jusqu'à son interpellation, soit durant près de quatre ans. Il a ainsi purement et simplement ignoré la décision prise à son encontre. Durant cette période, il n'a rien entrepris pour tenter de s'insérer professionnellement et acquérir son indépendance financière. L'appelant n'a aucune formation, est sans emploi et vit grâce à l'aide de ses parents et de ses frères et sœurs qui subviennent à ses besoins. Il n'a ainsi aucun moyen financier, de sorte qu'une peine pécuniaire n'a strictement aucune chance d'être exécutée. Il ne peut se prévaloir d'aucun motif justifié pour demeurer sur le territoire helvétique, étant célibataire, sans enfant, sans emploi et disposant de documents d'identité valables délivrés par son pays d'origine. En plus de son séjour illicite de près de quatre ans, l'appelant n'a pas repris le droit chemin depuis sa précédente condamnation et son séjour en prison, puisqu'il a continué à consommer du cannabis quotidiennement, à raison de plusieurs joints par jour, et a continué à avoir des fréquentations douteuses, à l'instar d'E.. Malgré ses graves antécédents, soit une condamnation pour tentative de meurtre, lésions corporelles simples qualifiées et infractions à la LArm, faits commis au moyen d'un couteau papillon, B. n'a pas compris l'interdiction de porter une arme en raison du danger que cela représente. L'interpellation de B. en possession d'un couteau dénote une volonté délictuelle continue et inquiétante, ainsi qu'un mépris de l'ordre juridique Suisse. Le pronostic est ainsi totalement défavorable.

En ce qui concerne la quotité de la peine, il y a lieu de retenir que la culpabilité de B. est lourde, au vu de la durée du séjour illégal qui lui est reproché et du fait qu'il a été trouvé porteur d'une arme, soit un

couteau papillon – type d’arme avec lequel il avait déjà tenté de tuer un jeune homme quelques années auparavant. Il s’apprêtait, sous l’effet du cannabis et en compagnie d’un ami qui était alcoolisé et s’était battu le même soir avec au moins une personne également présente dans ce même endroit, à entrer armé dans un bar bondé, comportement qui représentait une grave mise en danger de la sécurité publique.

Une peine ferme s’impose, le pronostic étant totalement défavorable et B. ayant été condamné le 25 mars 2014 à une peine privative de liberté de 3 ans et 6 mois, le sursis ne pouvant être octroyé qu’aux conditions de l’art. 42 al. 2 CP, soit en cas de circonstances particulièrement favorables. En l’espèce, au vu des éléments rappelés ci-dessus ayant trait à ses antécédents et à sa situation personnelle, aucun élément ne peut être retenu en faveur du prévenu.

L’appelant doit être sanctionné pour infraction au sens de l’art. 33 al. 1 let. a LArm – passible d’une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d’une peine pécuniaire – et pour infraction au sens de l’art. 115 al. 1 let. b LEI – passible d’une peine privative de liberté d’un an au plus ou d’une peine pécuniaire.

La réquisition du Ministère public, qui porte sur le prononcé d’une peine privative de liberté, est par conséquent adéquate et peut être suivie. L’application de l’art. 49 CP conduit à retenir que l’infraction à la LArm, qui est l’infraction la plus grave, doit être sanctionnée d’une peine de base de 90 jours, augmentée de 30 jours pour l’infraction à la LEI, soit une peine privative de liberté de 120 jours au total, laquelle est légèrement inférieure à la peine requise par le Ministère public.

A cette peine privative de liberté de 120 jours s'ajoute la confirmation de l'amende de 300 fr., avec une peine privative de liberté de substitution de 3 jours en cas de non-paiement fautif, pour la contravention à la LStup.

6. Il résulte de ce qui précède que l'appel de B. doit être rejeté et l'appel du Ministère public partiellement admis. Le jugement entrepris sera donc modifié dans le sens des considérants.

Me Mathias Micsiz, défenseur d'office de B., a produit une liste d'opérations dans laquelle il fait état d'une activité nécessaire d'avocat de 6h30, dont il n'y a pas lieu de s'écarter, si ce n'est pour retrancher 15 minutes car l'audience d'appel a duré 30 minutes et non 45 minutes, comme estimé par l'avocat. C'est donc une durée de 6h15 qui sera retenue au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 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]), les honoraires se montant ainsi à 1'125 fr., auxquels s'ajoutent des débours forfaitaires de 2 % (art. 26b TFIP qui renvoie à l'art. 3 bis RAJ), par 23 fr., une vacation à 120 fr. et la TVA sur le tout, au taux de 7,7%, par 98 francs. L'indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel sera dès lors fixée à 1'366 francs.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, par 4'296 fr., constitués de l'émolument de jugement et d'audience, par 2'930 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP), et de l'indemnité due au défenseur d'office, par 1'366 fr., seront mis à la charge de B., qui succombe (art. 428 al. 1 CPP). Il ne se justifie pas de laisser une partie des frais à la charge de l'Etat, le Ministère public obtenant gain de cause sur tous les griefs soulevés, seule

la quotité de la peine prononcée étant légèrement inférieure à celle requise.

B. sera tenu de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité en faveur de son défenseur d'office dès que sa situation financière le permettra.

La Cour d'appel pénale

Statuant en application des articles 49 al. 1 CP, 115 al. 1 let. b LEI, 33 al. 1 let. a LArm, 19a ch. 1 LStup et 398 ss et 422 ss CPP, prononce :

- I. L'appel de B. est rejeté.
- II. L'appel du Ministère public est partiellement admis.
- III. Le jugement rendu le 14 décembre 2022 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois est modifié comme il suit, son dispositif étant désormais le suivant :

I. reçoit l'opposition formée par B. à l'ordonnance pénale du 19 août 2022 du Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois ;

II. supprimé ;

III. constate que B. s'est rendu coupable d'infraction à la Loi fédérale sur les armes au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LArm, d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEI et de contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants au sens de l'art. 19a ch. 1 LStup ;

IV. condamne B. à une peine privative de liberté de 120 (cent vingt) jours ;

V. supprimé ;

VI. condamne également B. à une amende de 300 fr. (trois cents francs) et dit que la peine privative de liberté de substitution sera de 3 (trois) jours en cas de non-paiement fautif ;

VII. arrête l'indemnité allouée à Me Mathias Micsiz, défenseur d'office de B., à 1'452 fr. 35 (mille quatre cent cinquante-deux francs et trente-cinq centimes), débours, vacations et TVA compris ;

VIII. met une partie des frais de la cause, par 684 fr. 10 (six cent huitante-quatre francs et dix centimes), à charge de B. et dit que ces frais comprennent un tiers de l'indemnité allouée à son défenseur d'office, Me Mathias Micsiz, fixée sous chiffre VII. ci-dessus, le solde étant laissé à la charge de l'Etat ;

IX. dit que le remboursement à l'Etat de la part de l'indemnité de son défenseur d'office mis à sa charge ne sera exigé que si la situation financière du condamné le permet."

IV. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 1'366 fr. (mille trois cent soixante-six francs), débours, vacation et TVA inclus, est allouée à Me Mathias Micsiz.

V. Les frais d'appel, par 4'296 fr. (quatre mille deux cent nonante-six francs), y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office, sont mis à la charge de B., qui succombe.

VI. Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au défenseur d'office, fixée sous chiffre IV ci-dessus, ne sera exigé que si la situation financière du condamné le permet.

VII. Le jugement motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **5 mai 2023**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Mathias Micsiz, avocat (pour B.),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Service de la population,
- Office d'exécution des peines,
- Service pénitentiaire (Bureau des séquestres),
- 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 pénales ; 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 :