Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 559/2008 ajp

Arrêt du 12 septembre 2008
Cour de droit pénal

Composition
MM. les Juges Schneider, Président, Ferrari et Zünd.
Greffière: Mme Gehring.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Fabien Mingard, avocat,

contre

Ministère public du canton de Vaud, rue de l'Université 24, 1005 Lausanne,
intimé.

Objet
Vol, rupture de ban, sursis, sursis partiel,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale, du 29 février 2008.

Faits:

A.
Par jugement du 20 décembre 2007, le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois a libéré X._____ du chef d'accusation de vol. En revanche, il l'a condamné à cent heures de travail d'intérêt général, sous déduction de la détention préventive, pour rupture de ban à la suite de son interpellation à Lausanne le 2 décembre 2005 alors qu'il faisait l'objet de deux prononcés d'expulsion pénale courant du 20 avril 2004 au 23 septembre 2006, respectivement du 13 octobre 2005 au 28 juillet 2010. Par ailleurs, le Tribunal lui a imputé l'intégralité des frais de la cause.

B.
Le recours en réforme formé par le condamné a été rejeté, le 29 février 2008, par la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois.

C.
X._____ interjette un recours en matière pénale contre ce jugement en concluant, sous suite de frais et dépens, à son acquittement et à sa libération des frais de la cause. A titre subsidiaire, il requiert l'octroi du sursis à l'exécution de la peine et l'imputation partielle des frais de la cause à charge de l'Etat. En outre, il sollicite le maintien de l'effet suspensif et le bénéfice de l'assistance judiciaire.

D.
Le Ministère public a conclu au rejet du recours, alors que le Tribunal cantonal a renoncé à des observations.

Considérant en droit:

1.
Le recours en matière pénale peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est circonscrit par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral l'applique d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente. Il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (ATF 130 III 136 consid. 1.4 p. 140). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui. Il ne peut pas entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal si le grief n'a pas été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

2.
2.1 Le recourant invoque tout d'abord une violation de l'art. 291 CP. Dès lors que, selon lui, l'insoumission à une décision d'expulsion pénale n'est plus punissable depuis l'abrogation au 1er janvier 2007 de l'art 55 aCP, il conviendrait de le libérer du chef d'accusation de rupture de ban en application du principe de la lex mitior. De l'avis de la Cour cantonale, même si les mesures d'expulsion pénale ne sont plus exécutoires depuis le 1er janvier 2007, il n'en demeure pas moins que la rupture de ban demeure punissable. In casu, celle-ci serait survenue de surcroît avant la suppression de l'art. 55 aCP, de sorte que le Tribunal de police a reconnu à bon droit le condamné coupable d'infraction à l'art. 291 CP.

2.2 Cette disposition punit de l'emprisonnement celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente. Cette infraction suppose la réunion de trois conditions: une décision d'expulsion, la transgression de celle-ci et l'intention.
L'expulsion est l'ordre donné, par une autorité compétente judiciaire ou administrative, à l'étranger de quitter le territoire suisse, lié à l'interdiction d'y entrer à nouveau pendant la durée de l'expulsion. Il ne peut y avoir rupture de ban si l'autorité qui a prononcé l'expulsion était incompétente (cf. ATF 98 IV 106 consid. 3 p. 108 ss; S. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2ème éd, ad art. 291 n°2; B. Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, ad art. 291 n°4 à 7). La décision doit être exécutoire (ATF 71 IV 219), ce qui n'est notamment pas le cas si elle a été prononcée avec sursis (art. 41 aCP) ou si son exécution a été différée à titre d'essai (art. 55 al. 2 aCP). Contrairement à l'art. 292 CP relatif à l'insoumission à une décision de l'autorité, l'art. 291 CP ne prévoit pas que la décision avise le destinataire des conséquences pénales d'une transgression (G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 1995, § 50 n°18; S. Trechsel, op. cit., ad art. 291 n°2).
L'infraction est consommée si l'auteur reste en Suisse après l'entrée en force de la décision, alors qu'il a le devoir de partir ou s'il y entre pendant la durée de validité de l'expulsion (ATF 70 IV 174). Cette jurisprudence, rendue dans un cas de bannissement intercantonal, lequel n'est plus possible depuis 1975, vaut en revanche toujours pour les étrangers, quelle que soit leur nationalité (T. Freytag, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, ad art. 291, n°7; G. Stratenwerth, op. cit., BT II, §50 n°14). Lorsque l'auteur se trouve en Suisse, le délit est continu et donc commis tant que dure le séjour (ATF 104 IV 186 consid. 1b p. 188).
Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle, le dol éventuel étant toutefois suffisant. Il faut non seulement que l'auteur entre ou reste en Suisse volontairement, mais encore qu'il sache qu'il est expulsé ou accepte cette éventualité.

2.3 Selon les constatations cantonales, X._____ a été interpellé à Lausanne le 2 décembre 2005 alors qu'il faisait l'objet de deux prononcés d'expulsion pénale courant du 20 avril 2004 au 23 septembre 2006, respectivement du 13 octobre 2005 au 28 juillet 2010. Les faits reprochés au recourant se sont ainsi produits avant l'entrée en vigueur au 1er janvier 2007 de la partie générale révisée du code pénal (livre I) ainsi que des dispositions sur l'entrée en vigueur et l'application du code pénal (livre 3). En principe, les nouvelles dispositions ne sont applicables qu'aux faits commis après leur entrée en vigueur (art. 2 al. 1 CP). La loi réserve toutefois la possibilité d'appliquer le nouveau droit à des crimes et délits commis avant cette date si l'auteur n'est mis en jugement qu'après et que le nouveau droit lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment où a été

commise l'infraction (art. 2 al. 2 CP).
Déterminer le régime le plus favorable procède d'une comparaison concrète de la situation de l'auteur selon qu'il est jugé à l'aune de l'ancien ou du nouveau droit (ATF 134 IV 82 consid. 6.2.1 p. 87; 126 IV 5 consid. 2c p. 8; 119 IV 145 consid. 2c p. 151; 114 IV 81 consid. 3b p. 82). On examine, dans la règle, en premier lieu les conditions légales de l'infraction. Lorsque le comportement est punissable en vertu de l'ancien comme du nouveau droit, il y a lieu de comparer les deux régimes pris dans leur ensemble. L'importance de la peine maximale encourue joue un rôle décisif mais il faut néanmoins tenir compte de toutes les règles applicables, notamment celles relatives à la prescription et au droit de porter plainte (ATF 119 IV 145 consid. 2c p. 151; 114 IV 81 consid. 3b p. 82). Par ailleurs, l'ancien et le nouveau droit ne peuvent être combinés. Ainsi, on ne saurait, à raison d'un seul et même état de fait, appliquer l'ancien droit pour déterminer quelle infraction a été commise et le nouveau droit pour décider si et comment l'auteur doit être puni. Si l'un et l'autre droit conduisent au même résultat, c'est l'ancien droit qui est applicable (cf. arrêt 6B 14/2007 du 17 avril 2007 consid. 4.2).

2.4 Selon le chiffre 1 al. 2 des dispositions finales de la modification du code pénal du 13 décembre 2002, les peines accessoires que sont l'incapacité d'exercer une charge ou une fonction (art. 51 ancien), la déchéance de la puissance paternelle ou de la tutelle (art. 53 ancien), l'expulsion en vertu d'un jugement pénal (art. 55 ancien), l'interdiction des débits de boisson (art. 56 ancien) sont supprimées par le fait de l'entrée en vigueur du nouveau droit si elles ont été prononcées en vertu de l'ancien droit. Les mesures d'expulsion prononcées à l'encontre du recourant en vertu de l'art. 55 aCP sont ainsi supprimées. Dès lors que l'une des conditions légales constitutives de l'infraction fait défaut (voir art. 291 CP, supra consid. 2.2), c'est à tort que les autorités cantonales ont reconnu le condamné coupable de rupture de ban. Les nouvelles dispositions conduisant à l'acquittement de ce dernier, il n'est pas nécessaire d'examiner le sort du litige à l'aune de l'ancien droit.
Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle, le dol éventuel étant toutefois suffisant. Il faut non seulement que l'auteur entre ou reste en Suisse volontairement, mais encore qu'il sache qu'il est expulsé ou accepte cette éventualité.

3.
Ainsi, le recours doit être admis et l'arrêt attaqué annulé, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner la question de l'octroi du sursis à l'exécution de la peine, ni l'imputation des frais et dépens d'instances cantonales. La cause est toutefois renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision sur ce dernier point. Le recourant qui obtient gain de cause ne supporte pas de frais judiciaires (art. 66 al. 1 et 4 LTF) et peut prétendre à une indemnité de dépens à la charge du canton de Vaud (art. 68 al. 1 et 2 LTF), ce qui rend sans objet la requête d'assistance judiciaire.

Vu l'issue du recours, la requête d'effet suspensif devient sans objet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.

2.
Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

3.
La cause est renvoyée à la Cour cantonale pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

4.
Le canton de Vaud versera au recourant la somme de 2'500 francs à titre de dépens.

5.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation

pénale.

Lausanne, le 12 septembre 2008

Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: La Greffière:

Schneider Gehring