Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.281/2005 /rod

Arrêt du 30 septembre 2005
Cour de cassation pénale

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Kolly et Karlen.
Greffière: Mme Kistler.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Jean-David Pelot, avocat,

contre

Ministère public du canton de Vaud,
rue de l'Université 24, case postale, 1014 Lausanne.

Objet
Infraction à la LSEE,

pourvoi en nullité contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale, du 24 janvier 2005.

Faits:
A.
En 2000, X._____ a épousé Y._____, ressortissante brésilienne. Lorsqu'elle vivait encore au Brésil, Y._____ avait élevé son neveu Z._____, qui avait perdu sa mère d'une mort violente.

Les époux ont invité leur neveu Z._____ pour trois mois du 16 juillet au 16 octobre 2002. Ils ont pris en charge le billet d'avion aller-retour, une assurance maladie et accidents pour trois mois et ont hébergé Z._____ gratuitement.

Quinze jours avant l'expiration du visa, X._____ a invité Z._____ à préparer son retour au Brésil. Celui-ci s'est alors fâché et a proféré des menaces à son encontre pour le cas où il se risquerait à l'expulser de son logement ou à le dénoncer aux autorités. A plusieurs reprises, Y._____ a demandé à son mari de ne rien entreprendre et l'a menacé de divorce s'il agissait à l'encontre de son neveu. Confronté à un dilemme, X._____ a pris le parti de tolérer provisoirement la présence du neveu indésirable, car il ne souhaitait pas porter atteinte aux intérêts de son épouse et voulait sauver son mariage.

Au cours du mois de décembre 2002, Y._____ a accompagné seule son neveu dans un restaurant de Lutry, qui l'a engagé dès janvier 2003. X._____ l'a appris quelques jours plus tard. Excédé, il a finalement trouvé la force de mettre à la porte Z._____ le 24 décembre 2002, ce contre l'avis de son épouse, qui l'a laissé seul pour passer le réveillon de Noël.
B.
Par jugement du 29 octobre 2004, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a libéré X._____ du chef d'accusation d'infraction à la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20; LSEE) et a laissé les frais de justice à la charge de l'Etat.

En résumé, le tribunal a considéré que le comportement de X._____ était purement passif puisque celui-ci avait, contre son gré, toléré la présence de Z._____ dans l'appartement du couple, en cédant, d'une part, aux supplications de son épouse, qui s'était laissée attendrir par son neveu et, d'autre part, mais dans une moindre mesure, aux menaces directes proférées par celui-ci. En conséquence, X._____ avait, en laissant Z._____ demeurer deux mois illégalement chez lui, sauvegardé des intérêts légitimes, "circonstance prévue par l'art. 32 CP".
C.
Sur recours du Ministère public vaudois, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud a réformé le jugement de première instance. Elle a condamné X._____ pour infraction à la LSEE à 200 francs d'amende, avec délai d'épreuve et de radiation de deux ans, et a mis les seuls frais de première instance à sa charge.

Pour la cour de cassation cantonale, "il est incontestable que l'accusé a réalisé les éléments constitutifs de l'article 23 alinéa 1 § 5 LSEE. Il a en effet rendu plus difficile, voire exclu le pouvoir d'intervention des autorités en hébergeant Z._____ du 16 octobre au 24 décembre 2002 alors que le visa de celui-ci avait expiré et que son lieu de résidence était manifestement inconnu des autorités". Contre l'avis du Ministère public vaudois, les juges cantonaux ont nié que les conditions de l'état de nécessité au sens de l'art. 34 CP étaient réalisées.
D.
Contre cet arrêt cantonal, X._____ dépose un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral, concluant à l'annulation de l'arrêt attaqué. Il fait valoir, principalement, que les éléments constitutifs de l'infraction définie à l'art. 23 al. 1 5e phrase LSEE ne sont pas réalisés et, à titre subsidiaire, qu'il se trouvait dans un état de nécessité selon l'art. 34 CP.

Appelé à se déterminer, le Ministère public vaudois conclut au rejet du pourvoi.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le recourant conteste sa condamnation en vertu de l'art. 23 al. 1 5e phrase LSEE.
1.1 Selon cette disposition, celui qui, en Suisse ou à l'étranger, facilite ou aide à préparer une entrée ou une sortie illégale ou un séjour illégal sera puni de l'emprisonnement jusqu'à six mois. A cette peine pourra être ajoutée une amende de 10'000 francs au plus. Dans les cas de peu de gravité, la peine peut consister en une amende seulement.

En l'espèce, Z._____ est entré en Suisse licitement, au bénéfice d'un visa. Le recourant ne saurait dès lors se voir reproché d'avoir aidé un étranger à entrer illégalement en Suisse; seule l'aide à un séjour illégal en Suisse peut entrer en considération (cf. ATF 119 IV 164 consid. 2a p. 166).
1.2 Pour tomber sous le coup de l'art. 23 al. 1 5e phrase LSEE, il faut que l'auteur fournisse une aide active à l'étranger séjournant illégalement en Suisse, l'infraction ne pouvant être commise par omission que si l'auteur a un devoir de garant (ATF 127 IV 27 consid. 2b p. 32). Afin d'éviter que toute personne qui entre en contact avec un étranger et qui facilite ainsi indirectement son séjour illégal en Suisse soit punissable selon l'art. 23 al. 1 5e phrase LSEE, la jurisprudence et la doctrine exigent que le comportement de l'auteur rende plus difficile le prononcé ou l'exécution d'une décision à l'encontre de l'étranger en situation irrégulière ou restreigne, pour les autorités, les possibilités de l'arrêter (ATF 130 IV 77 consid. 2.3.2 p. 80; Minh Son Nguyen, Droit public des étrangers, Berne 2003, p. 677).

En règle générale, il est admis que celui qui héberge une personne séjournant illégalement en Suisse facilite le séjour illégal de celle-ci, qu'il agisse en tant qu'hôtelier, de bailleur ou d'employeur qui loue une chambre. En effet, le logement est susceptible de devenir une cachette pour l'étranger en situation irrégulière, lui permettant ainsi de se soustraire à l'intervention des autorités administratives (ATF 130 IV 77 consid. 2.3.2 p. 80 s.). Dans certains cas, une aide financière peut aussi faciliter le séjour illégal au sens de l'art. 23 al. 1 5e phrase LSEE (ATF 118 IV 262 consid. 4b p. 268; Valentin Roschacher, Die Strafbestimmungen des Bundes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, thèse Zurich 1991, p. 91). Tel est le cas si l'auteur paye le

loyer ou remet une somme d'argent pour verser la garantie de loyer, car, par son assistance financière, il permet alors à l'étranger de trouver plus facilement un logement (Minh Son Nguyen, op. cit., p. 680 s.).
1.3 En l'occurrence, l'arrêt attaqué mentionne qu'il est incontestable que le recourant a réalisé les éléments constitutifs de l'infraction définie à l'art. 23 LSEE (arrêt p. 5), mais ne décrit pas le comportement qui lui est reproché. Le jugement de première instance, auquel renvoie l'arrêt attaqué, constate pour sa part que "l'instruction a permis d'établir que le comportement (du recourant) est demeuré passif puisqu'il avait, contre son gré, toléré en quelque sorte la présence de Z._____ dans l'appartement du couple, en cédant au moins provisoirement, d'une part, aux supplications de son épouse (...), d'autre part, mais dans une moindre mesure, aux menaces directes proférées par (son neveu)" (jugement p. 10). Ni le jugement de première instance ni l'arrêt cantonal ne font référence à un quelconque comportement actif du recourant. Egalement titulaire du droit au domicile (art. 162 CC), l'épouse du recourant a très bien pu fournir le logement à son neveu, son mari se bornant à tolérer cette situation. Lorsque le Ministère public vaudois soutient que le recourant a (activement) hébergé le neveu de sa femme, il s'écarte donc de l'état de fait légal.
1.4 Dans la mesure où seule une omission peut être retenue, le recourant ne peut pas être condamné, faute de devoir de garant. En effet, selon la jurisprudence, un tel devoir incombe notamment à celui qui, en raison de sa situation juridique, est tenu de protéger un bien donné des dangers qui le menacent. Une obligation légale ne fonde pas forcément un devoir de garant, ce qui est déterminant est la nature du lien, à l'origine de la norme, existant entre la personne qui est ainsi tenue et le bien menacé ou la source de danger (ATF 123 IV 70 consid. 2 p. 72). Or, en l'occurrence, en tant que simple citoyen, le recourant n'avait pas l'obligation de dénoncer à la police son neveu par alliance (ATF 117 IV 467 consid. 3 p. 471). D'après la jurisprudence, une position de garant justifiant l'application de l'art. 23 LSEE ne saurait non plus découler de l'art. 2 al. 2 LSEE, qui impose à celui qui loge un étranger gratuitement de le déclarer à la police locale après une résidence d'un mois (ATF 127 IV 27 consid. 2b p. 32). En effet, il s'agit là d'une obligation tout à fait générale, non liée à un quelconque soupçon d'infraction. Très peu exercée aujourd'hui, cette obligation incombant aux hôtes privés a du reste été supprimée dans le
projet de nouvelle loi fédérale sur les étrangers (message du 8 mars 2002 du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 p. 3535).
2.
En conclusion, le pourvoi doit être admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

Comme le recourant obtient gain de cause, il ne sera pas perçu de frais et la caisse du Tribunal fédéral lui versera une indemnité à titre de dépens (art. 278 al. 3 PPF).

Il n'est pas réclamé de frais au Ministère public vaudois qui succombe (art. 278 al. 2 PPF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le pourvoi est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.
2.
Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
3.
La Caisse du Tribunal fédéral versera au recourant une indemnité de 2'000 francs à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, au Ministère public du canton de Vaud et au Tribunal cantonal vaudois, Cour de cassation pénale.
Lausanne, le 30 septembre 2005
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: