

**JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE**

---

---

Séance du 28 janvier 2012

---

Présidence de M. B A T T I S T O L O, président  
Juges : M. Pellet et Mme Bendani  
Greffière : Mme Puthod

\*\*\*\*\*

Parties à la présente cause :

**Ministère public**, représenté par le Procureur de l'arrondissement de la Côte, appelant,

et

**G.**\_\_\_\_\_, prévenu, représenté par Me Charlotte Iselin, avocate d'office à Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale prend séance à huis clos pour statuer sur l'appel formé par le Ministère public contre le jugement rendu le 21 septembre 2011 par le Tribunal de police de l'arrondissement de la Côte dans la cause concernant G.\_\_\_\_\_.

Elle considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 21 septembre 2011, le Tribunal de police de l'arrondissement de la Côte a constaté que G.\_\_\_\_\_ s'est rendu coupable d'infraction à la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers (I), l'a condamné à une peine pécuniaire de 90 (nonante) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. (dix francs), peine partiellement complémentaire à celle prononcée le 10 novembre 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne (II), a mis les frais de la cause arrêtés à 4'055 fr. 80 (quatre mille cinquante-cinq francs et huitante centimes) à la charge de G.\_\_\_\_\_, y compris l'indemnité due à Me Charlotte Iselin, défenseur d'office, dont le montant est arrêté à 2'980 fr. 80 (deux mille neuf cent huitante francs et huitante centimes) TVA incluse (III) et a dit que le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au défenseur d'office, Me Charlotte Iselin, interviendra pour autant que la situation économique de G.\_\_\_\_\_ se soit améliorée (IV).

**B.** Le 26 septembre 2011, le Ministère public a formé appel contre ce jugement.

Le 30 septembre 2011, G.\_\_\_\_\_ a également formé appel contre ce jugement.

Par déclaration d'appel du 19 octobre 2011, le Ministère public a conclu à la modification du chiffre II du dispositif du jugement entrepris en ce sens que G.\_\_\_\_\_ est condamné à une peine privative de liberté de 90 (nonante) jours et a déclaré ne pas s'opposer à ce que l'appel soit traité en procédure écrite.

Par courrier du 24 octobre 2011, G.\_\_\_\_\_ a déclaré retirer son annonce d'appel.

Par courrier du 17 novembre 2011, G.\_\_\_\_\_ a annoncé qu'il n'entendait pas présenter une demande de non-entrée en matière ou déclarer un appel joint et qu'il ne s'opposait pas à ce que l'appel soit traité en procédure écrite.

Par mémoire d'intimé du 16 janvier 2012, G.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel formé par le Ministère public.

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

**1.** G.\_\_\_\_\_ est né le 11 mai 1972 à Nedorime au Kosovo. Il vit en Suisse depuis 1993. A son arrivée, il a déposé une demande d'asile, laquelle a été rejetée en 2000 par les autorités valaisannes. Invité à quitter le territoire suisse, l'intimé s'est caché en Valais durant une année. En décembre 2001, suite à un contrôle de police, il a été refoulé par avion au Kosovo. Il y est resté une année, puis est revenu en Suisse en 2003, d'abord à Bâle, puis dans le canton de Vaud. Mis à part un séjour de 4 ou 5 mois, au Kosovo, de fin 2005 à avril 2006, le prévenu n'a plus quitté la Suisse. G.\_\_\_\_\_ a travaillé en Suisse dans le domaine du bâtiment, puis dans les domaines agricoles et viticoles. Aux débats de première instance, il a déclaré travailler comme employé agricole et percevoir pour cette activité un revenu mensuel moyen oscillant entre 2'000 fr. et 3'000 fr., ce salaire lui étant versé en mains propres. Il est marié et a eu un premier enfant le 24 mars 2009. A l'époque du jugement entrepris, son épouse, qui

a travaillé dans le domaine du nettoyage, attendait un deuxième enfant pour le mois de novembre 2011 et était en arrêt maladie à cause de sa grossesse. G.\_\_\_\_\_ vit avec sa famille, dans un appartement dont le loyer s'élève à 800 fr. par mois.

Le casier judiciaire de G.\_\_\_\_\_ fait état des inscriptions suivantes:

- 13 novembre 2005, Juge d'instruction de Lausanne, 10 jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans (révoqué le 10 novembre 2006) et 500 fr. d'amende, pour délit contre la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers;

- 10 novembre 2006, Juge d'instruction de Lausanne, 15 jours d'emprisonnement et 500 fr. d'amende, pour séjour illégal et contravention à la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers.

**2.** Il est reproché à G.\_\_\_\_\_ d'avoir, entre le 1<sup>er</sup> novembre 2006 et le 25 mai 2011, date de sa dernière interpellation, séjourné illégalement, sans discontinuer en Suisse, en particulier à Lausanne. Il a également, pendant cette période, exercé une activité lucrative auprès de vigneronns ou de maraîchers, par intermittence, sans autorisation. Enfin, à une date indéterminée en 2007, probablement au mois d'août, l'intimé a fait venir en Suisse son épouse, V.\_\_\_\_\_, ressortissante kosovare, alors que cette dernière ne disposait d'aucune autorisation.

**3.** Par ordonnance pénale du 15 juin 2011, le Procureur de l'arrondissement de la Côte a déclaré G.\_\_\_\_\_ coupable d'infraction à la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers (I), l'a condamné à une peine privative de liberté de 3 (trois) mois (II), a dit que cette peine est partiellement complémentaire à celle prononcée le 10 novembre 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne (III) et a mis les frais de procédure, par 375 fr. à la charge de G.\_\_\_\_\_ (IV).

G. \_\_\_\_\_ a formé opposition contre l'ordonnance pénale précitée.

### **En droit :**

**1.1** Selon l'art. 399 al. 1 CPP, l'appel doit être annoncé dans les dix jours qui suivent la notification du jugement, soit la remise ou la notification du dispositif écrit. La déclaration d'appel doit 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. 381 al. 1 CPP) et contre un jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel interjeté par le Ministère public est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

**1.2** En vertu de l'art. 406 al. 2 CPP, l'appel peut être traité en procédure écrite lorsque l'appel est dirigé contre un jugement rendu par un juge unique et que les parties y consentent.

En l'espèce, le jugement dont il est fait appel a été rendu par le Tribunal de police, constitué d'un juge unique, et les parties ont consenti à ce que l'appel soit traité en procédure écrite.

**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.** En l'espèce, seule la question du genre de peine est litigieuse. En effet, le Ministère public limite son appel à cette problématique et soutient que la peine infligée à l'intimé doit être privative de liberté et non pas pécuniaire.

Dans le cas particulier, la question du genre de peine a pour conséquences d'en soulever trois autres, à savoir celle relative au droit applicable *ratione temporis*, celle relative à l'application de l'art. 41 CP et celle posée par la jurisprudence européenne citée par le prévenu dans son mémoire d'intimé.

**3.1** Les dispositions régissant pénalement le séjour illégal pendant la période concernée par la présente affaire, soit entre le 1<sup>er</sup> novembre 2006 et le 25 mai 2011, ont évolué et trois règles régissant la fixation de la peine ont successivement été applicables. Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, l'art. 23 al. 1 LSEE (Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, RS 142.20) permettait de sanctionner celui qui entre ou réside en Suisse illégalement de l'emprisonnement jusqu'à six mois, peine à laquelle pouvait s'ajouter une amende de 1'000 fr. au plus et seuls les cas de peu de gravité pouvaient être sanctionnés d'une amende seulement. Dans la teneur modifiée de cette disposition en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007, cette infraction était sanctionnée d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus. Enfin, selon l'art. 115 al. 1 LEtr (Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, quiconque séjourne illégalement en Suisse est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

Se référant à l'arrêt 6B\_819/2008 du 28 décembre 2008, l'intimé soutient que lorsqu'un séjour illégal s'est déroulé avant le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et après le 1<sup>er</sup> janvier 2008, il n'était pas possible de prononcer une peine privative de liberté parce que l'art. 23 al. 1 LSEE, dans sa version en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2007 ne permettait pas de prononcer une telle sanction. Cet

argument n'est pas pertinent, dans la mesure où la jurisprudence citée concernait une affaire dans laquelle le séjour illicite réprimé était antérieur à l'entrée en vigueur de la nouvelle de 2008.

En cas de modification d'une loi, selon le principe de l'application immédiate, chacune des lois (la loi ancienne et la loi nouvelle) s'applique dans son domaine. La maxime fondamentale est celle de la non-rétroactivité, qui veut que tout acte soit jugé d'après la loi en vigueur au moment où il a été commis (cf. art. 2 al. 1 CP). Le principe de la *lex mitior* consacré par l'art. 2 al. 2 CP constitue une exception à celui de la non-rétroactivité. Si cette dernière disposition donne le choix d'appliquer la loi nouvelle ou la loi ancienne à des faits antérieurs au changement de loi, elle ne traite en revanche pas la possibilité de continuer à appliquer la loi ancienne postérieurement à son abrogation. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a déjà refusé d'appliquer à une répétition d'actes punissables commis après l'entrée en vigueur d'une loi plus sévère une loi antérieure plus clémentine (ATF 72 IV 132, ATF 114 IV 1; SJ 1999 I 198; dans ce sens cf. CAPE, 31 août 2011, 105/2011). Autrement dit, s'agissant d'un délit continu, il n'est pas contraire à l'art. 2 CP de prononcer une peine privative de liberté lorsque le séjour illicite se poursuit comme en l'espèce au-delà du 1<sup>er</sup> janvier 2008 (ATF 135 IV 7; JT 2010 IV 61).

**3.2** Il résulte de l'art. 41 al. 1 CP qu'une courte peine privative de liberté ne peut être prononcée qu'à deux conditions, soit lorsque l'octroi d'un sursis est exclu et lorsqu'une autre peine est inexécutable.

En l'espèce, il convient de constater que la première condition est réalisée, puisque le refus d'octroyer le sursis n'est pas contesté ni contestable, le pronostic étant à l'évidence défavorable. En ce qui concerne la deuxième condition, vu la situation personnelle du prévenu qui ne bénéficie d'aucune autorisation de séjour et de travail en Suisse, un travail d'intérêt général n'entre pas en considération, l'intéressé pouvant se voir à tout moment expulsé de Suisse. Cette circonstance s'oppose au prononcé d'un travail d'intérêt général (ATF 134 IV 60 c. 3.3, arrêt 6B\_819/2008 du 26 décembre 2008 c. 2.3). Si, de jurisprudence constante

(notamment ATF 134 IV 60 c. 5 précité), une situation financière précaire, voire même une situation d'indigence, ne constituent pas des motifs justifiant le refus d'une peine pécuniaire, des motifs de prévention spéciale permettent de considérer qu'une peine pécuniaire est inexécutable, en particulier lorsque le prévenu a démontré l'inutilité de telles peine et/ou une volonté de ne pas tenir compte des sanctions prononcées contre lui (TF 6B\_128/2011 du 14 juin 2011). De tels motifs existent manifestement en l'espèce. En effet, le prévenu refuse absolument d'admettre l'illicéité de son comportement, se cache pour tenter d'échapper à ses conséquences et continue à affirmer qu'il ne partira jamais. De plus, au regard de ses antécédents, aucune menace de sanction, ni même l'exécution d'une peine d'emprisonnement n'ont pu détourner le prévenu de son comportement délictueux. Dans ces conditions, une peine pécuniaire peut être exclue pour des motifs de prévention spéciale s'agissant d'un condamné qui présente une insensibilité à toute forme de sanction et qui doit par conséquent savoir que ses récidives sont sanctionnées par des peines privatives de liberté.

En conséquence, les conditions posées par l'art. 41 CP sont réalisées.

**3.3.** G. \_\_\_\_\_ soutient enfin que la jurisprudence européenne applicable en Suisse dans le cadre des acquis de Schengen s'oppose au prononcé d'une peine privative de liberté.

En premier lieu, il convient de relever qu'il ne s'impose à l'évidence pas qu'une jurisprudence de la Cour de justice soit applicable en Suisse sur la base de la mise en œuvre de l'acquis de Schengen. Cette jurisprudence concerne en outre, à tout le moins pour l'essentiel, les mesures de rétention, alors que c'est une sanction pénale qui a été prononcée dans le cas d'espèce. Au surplus, l'intimé ne peut pas être suivi quand il soutient que la peine privative de liberté devrait être le dernier recours dans les cas de séjour illicite et qu'il faudrait privilégier le renvoi effectif. En effet, il omet de tenir compte du fait qu'il est revenu en Suisse après une première expulsion forcée, qu'il se cache depuis des années au

point de refuser d'indiquer son adresse aux policiers qui l'interpellent, qu'il n'a pas respecté son ultime engagement de quitter le pays (P. 9) et qu'il assure qu'il ne partira de toute façon jamais.

En définitive, l'argumentation de l'intimé faisant fi du fait qu'il ne s'agit pas que d'un séjour illicite, mais d'un séjour illicite postérieur à un retour forcé et à un engagement de quitter le pays auquel s'ajoute, enfin et surtout, une activité lucrative intermittente sans autorisation. A tout le moins au regard de cette dernière, qui n'est pas si intermittente que cela puisqu'elle permet à l'intimé et à sa famille de vivre depuis plusieurs années, la jurisprudence européenne citée n'est pas décisive.

**4.** Au vu de ce qui précède, l'appel du Ministère public doit être admis et une peine privative de liberté de trois mois prononcée.

**4.1** Vu l'issue de la cause, les frais d'appel sont mis à la charge de G. \_\_\_\_\_ (art. 428 al. 1 CPP).

**4.2** Le conseil de l'intimé, Me Charlotte Iselin, a produit une liste d'opérations effectuées en deuxième instance, pour un montant total de huit heures. Ce total est trop élevé, dans la mesure où le mémoire reprend en totalité des moyens déjà développés en première instance (P. 15 et 24).

En conséquence, c'est un montant de 1'026 fr., TVA et débours forfaitaires de 50 fr. compris, correspondant à cinq heures, qui doit être alloué à titre d'indemnité au défenseur d'office de G. \_\_\_\_\_ pour la procédure d'appel.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel pénale,  
en application des art. 2, 10, 34, 41, 47, 49 al. 1 et 2, 50 CP, 23 al. 1 LSEE,  
115 al. 1 let. b et c LEtr, 398 ss CPP,  
prononce :

- I. L'appel formé par le Ministère public est admis.
- II. Le jugement rendu le 21 septembre 2011 par le Tribunal de police de l'arrondissement de la Côte est modifié au chiffre II de son dispositif, ce dernier étant désormais le suivant:
  - I. Constate que G.\_\_\_\_\_ s'est rendu coupable d'infraction à la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers.*
  - II. Condamne G.\_\_\_\_\_ à une peine privative de liberté de trois mois, peine partiellement complémentaire à celle prononcée le 10 novembre 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne.*
  - III. Met les frais de la cause arrêtés à 4'055 fr. 80 (quatre mille cinquante-cinq francs et huitante centimes) à la charge de G.\_\_\_\_\_, y compris l'indemnité due à Me Charlotte Iselin, défenseur d'office, dont le montant est arrêté à 2'980 fr. 80 (deux mille neuf cent huitante francs et huitante centimes), TVA incluse.*
  - IV. Dit que le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au défenseur d'office, Me Charlotte Iselin, interviendra pour autant que la situation économique de G.\_\_\_\_\_ se soit améliorée."*
- III. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel de  
1'026 fr. (mille vingt-six francs), TVA et débours compris, est allouée à Me Charlotte Iselin.

**IV.** Les frais d'appel, par 2'016 fr. (deux mille seize francs), y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office de l'intimé, sont mis à la charge de G.\_\_\_\_\_.

**V.** G.\_\_\_\_\_ ne sera tenu de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité de son défenseur d'office prévue au chiffre III ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra.

Le président :

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 Charlotte Iselin, avocate (pour G.\_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal de l'arrondissement de la Côte,
- Ministère public de l'arrondissement de la Côte,
- Service de la population, division Etrangers (11.05.1972),

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 :