

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE

Audience du 20 février 2012

Présidence de M. SAUTEREL
Juges : Mmes Rouleau et Bendani
Greffière : Mme de Watteville

Parties à la présente cause :

A. _____, prévenu,

et

Ministère Public, représenté par le Procureur du Ministère public de
l'arrondissement de Lausanne, intimé,

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 1^{er} juin 2011, la Cour d'appel pénale a annulé le jugement du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne du 31 janvier 2011 (II) condamnant A._____ pour infraction à la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) à une peine d'ensemble de 75 jours de privation de liberté, sous déduction de 9 jours de préventive, et révoquant le sursis accordé le 10 juillet 2009 par le Juge d'instruction de Lausanne, et a renvoyé la cause au Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants (III).

Par jugement du 14 novembre 2011, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a condamné A._____ pour infraction à la LEtr à une peine d'ensemble de 100 jours de privation de liberté, sous déduction de 23 jours de préventive, et au paiement des frais par 1'575 fr. 95 (I) et a révoqué le sursis accordé à A._____ le 10 juillet 2009 par le Juge d'instruction de Lausanne (II).

Au terme de la lecture du jugement, le condamné a été remis aux autorités argoviennes en vertu d'un mandat d'arrêt émis par celles-ci (P. 44).

B. Le 19 novembre 2011, A._____ a déposé une annonce d'appel dans laquelle il a indiqué contester la quotité de la peine et l'absence de sursis, mais non la réalisation de l'infraction de séjour illégal en Suisse (P. 50). Il a fait valoir que son motif était louable, soit le respect de la vie familiale et son amour paternel à l'égard de ses deux enfants de nationalité suisse, nés en 2008, dont il n'avait pu se résoudre à s'éloigner. Enfin, il a indiqué avoir entrepris une procédure de régularisation.

Dans une écriture complémentaire, datée du 19 novembre 2011, A. _____ a critiqué la promptitude excessive de l'audience du Tribunal de police, fait état de son attachement à ses enfants, de son désir de vivre près d'eux dans le canton de Vaud. Il a également indiqué avoir demandé au premier juge d'être sanctionné d'une peine pécuniaire ou de travail d'intérêt général (P. 53). Il a en outre produit diverses pièces.

Il a derechef déposé une nouvelle écriture le 23 novembre 2011, accompagnée de pièces (P. 54).

Le 27 décembre 2011, l'appelant a adressé à la Cour d'appel pénale copie de ses lettres du même jour au Service de la population, Division asile et à l'Office des migrations à Aarau (P. 57). Il a fait de même le 3 janvier 2012 d'une missive envoyée par lui au Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau (P. 59). Il résulte des annexes à ce dernier courrier que, par ordonnance du 12 décembre 2011, cette autorité lui a infligé une amende de 240 fr. pour contravention à l'art. 120 al. 1 let. e LEtr, soit pour n'avoir pas collaboré à l'obtention de documents de voyage, amende que l'appelant a contestée le 11 janvier 2012 (P. 62).

De plus, par lettre du 14 décembre 2011, la Division asile du Service de la population a informé l'appelant que, étant attribué comme demandeur d'asile débouté au canton d'Argovie et faisant l'objet d'une décision du 15 novembre 2011 d'assignation au territoire de ce canton, sa demande visant à obtenir une tolérance de séjour sur le territoire vaudois, dans le cadre de sa procédure de demande d'autorisation de séjour, était rejetée. Le 6 janvier 2012, l'appelant a écrit au Service de la population pour exprimer divers griefs à l'encontre du chef de la Division asile (P. 60).

Le 10 janvier 2012, l'appelant a écrit au Ministère public de l'arrondissement de Lausanne pour se plaindre de la douleur morale et du traitement inhumain et dégradant que lui auraient infligés le président du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne et le procureur argovien – tout en réclamant à ce dernier une réparation morale de 15'000

fr. -, ainsi que le Chef de la Division asile du canton de Vaud qu'il entend dénoncer à l'ONU (P. 61).

Le 12 janvier 2012, il a encore adressé, à la Cour d'appel pénale, une écriture complémentaire et une lettre de la Cour de droit administratif et public du 22 décembre 2011 enregistrant son recours contre la décision du Service de la population du 14 décembre 2011 lui refusant une tolérance de séjour sur le territoire du canton de Vaud (P. 63).

Dans un nouveau courrier du 17 janvier 2012, A._____ a soutenu que le président du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne avait tout fait pour l'éloigner de ses enfants et a rappelé le contenu de son courrier du 10 janvier 2012 selon lequel il se plaignait du traitement inhumain et dégradant qui lui aurait été infligé et réclamait une réparation morale (P. 64).

Dans le délai imparti, le Procureur a renoncé à déposer un appel joint et s'en est remis à la justice s'agissant de la recevabilité de l'appel (P. 58).

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. A._____, né le 23 octobre 1976 à Yaounde, au Cameroun, est dépourvu de document d'identité. A son arrivée en Suisse, il a déposé une requête d'asile et a été attribué au canton d'Argovie. L'asile ne lui a pas été accordé. Sa demande de révision du jugement du Tribunal administratif fédéral du 31 janvier 2002 a été frappée d'une non-entrée en matière (P. 41). Avec une Suissesse, il a eu deux enfants, nés le 16 août 2008, et les a reconnus. Ses enfants ont la nationalité suisse. Il loge actuellement dans un appartement à [...]. S'agissant de sa situation financière, il a expliqué être entretenu par la mère de ses enfants, apprentie cuisinière. Il s'occupe des enfants durant les absences professionnelles de leur mère.

A._____ a été condamné une première fois le 4 janvier 2002 par le Bezirksamt d'Aarau pour entrée illégale en Suisse à dix jours d'emprisonnement avec sursis, sursis révoqué le 14 janvier 2003. Il a été condamné par la même autorité le 12 septembre 2002 pour violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires à trois jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans et à une amende de 200 francs. Ce sursis n'a pas été révoqué le 10 juillet 2009.

2. Depuis la mi-avril 2002, A._____ a séjourné en Suisse sans autorisation de séjour. A l'audience devant la cour de céans, l'appelant a notamment confirmé n'avoir pas quitté la Suisse en 2009.

2.1 Il a été interpellé par la police le 16 mai 2009 et relâché le même jour.

Pour avoir séjourné en Suisse sans autorisation entre la mi-avril 2002 et le 16 mai 2009, l'intéressé a été condamné le 10 juillet 2009 par le Juge d'instruction de Lausanne à 90 jours amende à 20 fr. avec sursis pendant deux ans.

Cette ordonnance n'a pas été notifiée à A._____ et n'a pas fait l'objet d'une publication par voie édictale.

2.2 L'appelant a été, une nouvelle fois, interpellé par la police le 13 novembre 2009 et laissé aller le même jour.

Le juge d'instruction de Lausanne a rendu une ordonnance de condamnation le 15 février 2010 condamnant A._____ pour séjour illégal, du 10 juillet 2009 au 13 novembre 2009, à une peine d'ensemble de 100 jours de privation de liberté et à une amende de 100 francs. Le sursis octroyé le 10 juillet 2009 a été révoqué.

Interpellé le 23 janvier 2011 et placé en détention à la prison de la Croisée, A. _____ a fait opposition le 25 janvier 2011 à l'ordonnance de condamnation du 15 février 2010.

Entendu le 26 janvier 2011 par le président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, A. _____ a été placé en détention par le Tribunal des mesures de contrainte le 27 janvier 2011.

Une audience du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a eu lieu le 31 janvier 2011. Le jugement rendu à cette occasion retient que l'intéressé n'a pas reçu l'ordonnance de condamnation du 10 juillet 2009 et lui inflige une peine privative de liberté d'ensemble de 75 jours. Il s'agit d'une peine qui sanctionne le séjour illégal de mi-avril 2002 au 16 mai 2009 et celui du 10 juillet 2009 au 13 novembre 2009.

2.3 A. _____ a formé appel de ce jugement, a demandé à être mis au bénéfice d'un avocat d'office et par, écritures ultérieures, a requis sa mise en liberté.

Par décision du 14 février 2011 du Président de la Cour d'appel pénale, A. _____ a été libéré et sa demande de désignation d'un conseil d'office a été rejetée.

Dans son jugement du 1^{er} juin 2011, la Cour d'appel pénale a annulé le jugement du Tribunal de police du 31 janvier 2011 pour le motif que le prévenu n'avait pas pu faire opposition à sa condamnation du 10 juillet 2009 qui n'était pas entrée en force. Elle a renvoyé la cause en première instance invitant en substance le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne à statuer sur les oppositions aux deux ordonnances de condamnation, à déterminer la *lex mitior*, - le séjour illicite ayant débuté en 2002 et la LSEE ayant été remplacée par la LEtr le 1^{er} janvier 2007, l'art. 115 al. 1 LEtr étant pour sa part entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 -, et à examiner si un travail d'intérêt général ou une peine pécuniaire devait être prononcé en lieu et place d'une peine privative de liberté.

En droit :

1.

1.1 Interjeté dans les forme et délais légaux (cf. art. 399 CPP) contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel est recevable.

Selon l'art. 399 al. 3 et 4 CPP, la déclaration d'appel doit être adressée à la juridiction d'appel dans les 20 jours et indiquer, de manière définitive, sur quelles parties du jugement porte l'appel. Ainsi, le jugement ayant été notifié le 14 novembre 2011, les écritures déposées par l'appelant après le 5 décembre 2011, soit les 12 et 17 janvier 2012, sont irrecevables. Les pièces transmises, après le 5 décembre 2011, par l'appelant sont toutefois recevables.

1.2 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).

2. Le dispositif du jugement du Tribunal de police d'arrondissement de Lausanne révoque le sursis accordé le 10 juillet 2009 par le Juge d'instruction de Lausanne.

2.1 Le sursis peut être révoqué au sens de l'art. 46 CP uniquement pour les décisions entrées en force. Or, en vertu de l'art. 270 al. 1 CPP-VD, l'opposition a pour effet de transformer l'ordonnance de condamnation en ordonnance de renvoi. Il en résulte donc que la condamnation est mise à néant.

2.2 En l'espèce, l'ordonnance du 10 juillet 2009 n'ayant pas été notifiée à A._____, comme l'a relevé, à juste titre, le Tribunal de première instance, celui-ci a manifesté son opposition à cette ordonnance lors de l'audience du 31 janvier 2011. Ainsi, l'ordonnance du 10 juillet 2009, transformée en ordonnance de renvoi, n'est pas entrée en force. Au vu des considérants du jugement, le premier juge a matériellement traité les oppositions aux deux ordonnances de condamnation. Par conséquent, le sursis à l'ordonnance du 10 juillet 2009 ne peut pas être révoqué. Il appartient donc à la cour de céans d'annuler d'office le chiffre II du dispositif du jugement dont est appel.

La peine à infliger n'est donc pas une peine d'ensemble au sens de l'art. 46 al. 1 CP en suite de la révocation du sursis, mais une peine couvrant tout le comportement pénalement illicite visé par les deux ordonnances.

3. L'appelant ne remet pas en cause le fait qu'il séjourne illégalement en Suisse. Il conteste la quotité de la peine infligée.

3.1 Les dispositions régissant pénalement le séjour illégal pendant la période concernée par la présente affaire, soit entre 2002 et 2009, ont évolué et trois règles régissant la fixation de la peine ont successivement été applicables.

3.1.1 Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, l'art. 23 al. 1 LSEE sanctionnait 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^{er} janvier 2007, cette infraction était sanctionnée d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus. Enfin, selon l'art. 115 al. 1 LEtr, en vigueur depuis le 1^{er} 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.

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 disposition permet d'appliquer la loi nouvelle ou la loi ancienne à des faits antérieurs au changement de loi, elle ne permet en revanche pas de continuer à appliquer la loi ancienne postérieurement à son abrogation. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a 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).

En matière de délit continu, la jurisprudence a précisé que le juge ne saurait appliquer à des faits relevant d'un délit continu tantôt un droit, tantôt un autre (ATF 114 IV 83 c. 3c, JT 1990 IV 43). Selon la doctrine, lorsqu'une loi entre en vigueur pendant l'exécution d'un délit continu, il convient de prendre en compte le nouveau droit uniquement (Dupuis/Geller/Monnier/Moreillon/Piguet/Bettex/Stoll, Petit commentaire, Code pénal, Bâle 2012, n. 19 ad art. 2 CP, p. 20; Gauthier, in Roth/Moreillon (éd.), Commentaire romand, Code pénal I, Bâle 2009, n. 17 ad art. 2 CP, p. 20). Le séjour illégal étant un délit continu, il n'est pas contraire à l'art. 2 CP de le sanctionner d'une peine privative de liberté lorsqu'il se poursuit, comme en l'espèce, au-delà du 1^{er} janvier 2008 (ATF 135 IV 6 c. 3, JT 2010 IV 61).

3.1.2 A. _____ est arrivé en Suisse en 2002 et n'a pas quitté le pays depuis, ce qu'il a confirmé à la cour de céans. Les faits objets de la présente cause relèvent donc d'un séjour illicite continu. La quotité de la peine dont est appel est concrètement limitée à 100 jours. Au vu de ce plafonnement inférieur à 6 mois, il n'est donc pas nécessaire de tenir compte de l'allongement des peines que consacre la LEtr par rapport à la LSEE. En tant qu'il introduit la peine pécuniaire et le travail d'intérêt

général comme alternative à l'emprisonnement, le droit postérieur à l'entrée en vigueur de la modification de la partie générale du Code pénal est plus favorable que le droit antérieur au 1^{er} janvier 2007. Si pour le séjour illégal effectué durant l'année 2007, la LSEE imposant la peine pécuniaire et excluant la peine privative de liberté paraît plus favorable, la jurisprudence et la doctrine évoquées ci-dessus imposent toutefois l'application du droit contemporain, soit la LEtr.

Par conséquent, comme l'a retenu à juste titre le premier juge, c'est la LEtr qui doit s'appliquer à la totalité du délit continu dont A. _____ s'est rendu coupable.

3.2 S'agissant de la problématique de la *reformatio in pejus*, le jugement du 31 janvier 2011, annulé le 1^{er} juin 2011 par le jugement de la Cour d'appel pénal, avait condamné A. _____ à 75 jours de peine privative de liberté. Le jugement du 14 novembre 2011 dont est appel a porté cette sanction à 100 jours pour le motif que l'appelant se serait accroché "à son statut de séjournant illégal" (jugement du 14 novembre 2011, p. 6). Il convient par conséquent de déterminer si l'application de l'art. 409 CPP autorise une *reformatio in pejus*.

3.2.1 Selon la doctrine, dans les cas d'application de l'art. 409 CPP, une peine plus sévère que celle du jugement annulé n'entre pas en ligne de compte. Une réserve est toutefois admise pour les faits nouveaux en référence à l'art. 391 al. 2 2^e phrase CPP (Kistler Vianin, in Kuhn/Jeanneret (éd.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 14 ad art. 409 CPP, p. 1816; Eugster, in Niggli/Heer/Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Bâle 2011, n. 3 ad art. 409 CPP, p. 2689). La notion de faits nouveaux ne se limite pas à des faits constitutifs d'infraction; elle s'étend à tout fait susceptible d'avoir une incidence sur la fixation de la peine. Ainsi, les faits, les documents ou les preuves dont on n'a eu connaissance qu'après le premier jugement doivent pouvoir être utilisés, y compris au détriment du prévenu (ATF 86 IV 77; Message du Conseil fédéral, FF 2006 pp. 1057 ss, spéc. p.

1295; Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, n. 1494).

3.2.2 En l'espèce, A. _____ est demeuré en Suisse sans interruption après les séjours illicites visés par les ordonnances. Cette persistance à enfreindre la loi constitue bien un fait nouveau justifiant la modification du premier jugement en défaveur du prévenu.

3.3 Il convient désormais d'aborder la question de la fixation de la peine.

3.3.1 La fixation de la peine est régie par l'art. 47 CP, qui correspond à l'art. 63 aCP et à la jurisprudence y relative qui garde donc sa valeur. Selon l'art. 50 CP, le juge doit motiver sa décision de manière suffisante. Sa motivation doit permettre de vérifier s'il a été tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés (cf. ATF 134 IV 1 c. 4.2.1; ATF 128 IV 193 c. 3a).

L'art. 47 al. 1 CP prévoit que la peine doit être fixée d'après la culpabilité de l'auteur, en tenant compte des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier ainsi que de l'effet de la peine sur son avenir. L'alinéa 2 de cette disposition énumère, de manière non limitative, une série de critères à prendre en considération pour déterminer la culpabilité de l'auteur. Ces critères correspondent à ceux établis par la jurisprudence relative à l'art. 63 aCP (TF 6B_38/2011 du 26 avril 2011 c. 3.2; ATF 134 IV 17 c. 2.1 ; ATF 129 IV 6 c. 6.1).

Pour fixer la peine, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il y a toutefois violation du droit fédéral lorsque le juge sort du cadre légal, lorsqu'il fonde sa décision sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, lorsqu'il omet de prendre en considération des éléments prévus par cette disposition ou lorsqu'il a abusé de son pouvoir d'appréciation en fixant une peine exagérément sévère ou excessivement clémente (TF 6B_327/2011 du 7 juillet 2011 c. 2.1; ATF 134 IV 17 c. 2.1).

En matière de délit continu, la prescription court dès le jour où les agissements coupables ont cessé (art. 98 let. c CP). Ainsi, le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter de la commission de la dernière infraction (Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, 3^e éd., Lausanne 2007, n. 1.10 ad art. 98 CP, p. 287).

3.3.2 En l'occurrence, l'infraction n'est pas prescrite dès lors que l'état contraire au droit existant depuis 2002 s'est poursuivi.

En fixant, la peine à 100 jours, le premier juge a prononcé une peine particulièrement modérée au vu de l'importance de la culpabilité et de la durée de l'infraction. L'évidente insensibilité du prévenu à toute sanction et sa propension à la revendication, alors qu'il affiche avec constance son mépris des lois et des décisions qui les appliquent lorsque celles-ci ne servent pas ses intérêts, démontrent une forme d'endurcissement dans cette délinquance. De plus, l'appelant manifeste une agressivité déplacée à l'égard des membres d'autorités administratives ou pénales amenés à traiter sa cause.

L'appelant se prévaut de la naissance de ses enfants en 2008 pour tenter d'en tirer un motif honorable, soit qu'il serait demeuré en Suisse par affection paternelle. En réalité, dans la conduite de l'appelant, on ne discerne aucun motif honorable au sens de l'art. 48 al. 1 let. a CP. Son comportement délictuel est en effet bien antérieur à la naissance de ses enfants. Lorsqu'il les a conçus, il connaissait l'illégalité de son statut et les difficultés relationnelles qui en découleraient si ses enfants allaient vivre en Suisse. Ses responsabilités paternelles devraient l'amener à se rendre dans un pays, par exemple le sien, où il pourrait travailler pour entretenir ses enfants.

La procédure de régularisation qu'il invoque, outre qu'elle ne constitue pas en soi une circonstance atténuante, en est au stade du recours contre le refus d'une tolérance de séjour sur territoire vaudois.

Au vu des éléments qui précèdent la quotité de la peine doit être confirmée.

4. A._____ conteste le genre de peine, estimant qu'une peine pécuniaire ou qu'un travail d'intérêt général serait plus approprié dans son cas et qu'il devrait être mis au bénéfice du sursis.

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 (art. 42 CP) et lorsqu'une autre peine est inexécutable.

4.1 A titre de sanctions, le Code pénal 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. 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; TF 6B_234/2010 du 4 janvier 2011 c. 4.1.1).

En l'occurrence, 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. Le fait qu'il aurait exécuté un travail d'intérêt général en Argovie d'après ses déclarations n'est pas déterminant. Son statut de séjournant illégal s'oppose déjà au prononcé d'un travail d'intérêt général (ATF 134 IV 60 c. 3.3; TF 6B_819/2008 du 26 décembre 2008, c. 2.3).

Si, de jurisprudence constante (notamment ATF 134 IV 60 c. 5), une situation financière précaire, voire même une situation d'indigence, ne constitue pas un motif justifiant le refus d'une peine pécuniaire, des motifs de prévention spéciale permettent de considérer qu'une peine pécuniaire ou qu'un travail d'intérêt général sont inexécutables, en particulier lorsque le prévenu a démontré l'inutilité de telles peines 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, l'appelant continue à affirmer qu'il restera en Suisse. En plus de cette détermination, ses antécédents et la durée prolongée de son infraction en dépit des interventions de police ou de justice montrent que rien n'a infléchi son comportement. Dans ces conditions, une peine pécuniaire et un travail d'intérêt général peuvent être exclus 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 réaliser que ses récidives sont sanctionnées par des peines privatives de liberté.

4.2 Selon l'art. 42 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1). Si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de cent

quatre-vingt jours-amende au moins, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (al. 2). L'octroi du sursis peut également être refusé lorsque l'auteur a omis de réparer le dommage comme on pouvait raisonnablement l'attendre de lui (al. 3). Le juge peut prononcer, en plus du sursis, une peine pécuniaire sans sursis ou une amende selon l'art. 106 CP (al. 4).

Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (cf. ATF 134 IV 5 c.4.4.2; cf. également, sur tous ces points, TF 6B_541/2007 du 13 mai 2008, c.2.2 et la jurisprudence citée).

En l'espèce, A. _____ a déjà fait l'objet d'une condamnation pour les mêmes faits. Il a été condamné à 10 jours d'emprisonnement avec sursis. Celle-ci n'a eu aucun effet dès lors que l'intéressé a persisté dans son comportement illicite alors même que le sursis a été révoqué et qu'il a purgé ses 10 jours de détention. De même, une deuxième condamnation ferme à 3 jours d'emprisonnement pour violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires n'a pas amendé l'appelant. Ainsi, tant la perspective sérieuse de devoir exécuter une peine privative de liberté que l'exécution d'une peine privative de liberté n'ont eu absolument aucun effet dissuasif sur l'intéressé. En outre, celui-ci sait

pertinemment depuis 2002, qu'il n'a pas le droit de demeurer sur territoire helvétique; il reconnaît pourtant ne pas avoir quitté le pays et s'obstine à y demeurer. Ces éléments montrent que le pronostic ne peut être que négatif. Ainsi, seule une peine ferme est à même de détourner l'appelant de poursuivre son séjour illicite. Le sursis ne saurait dès lors être accordé.

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que le premier juge a prononcé une courte peine privative de liberté ferme, les conditions de l'art. 41 al. 1 CP étant réalisées.

5. En conclusion, l'appel est entièrement rejeté et le jugement attaqué confirmé.

Vu l'issue de la cause, les frais d'appel, comprenant l'émolument par 1'940 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFJP [Tarif des frais judiciaires pénaux du 28 septembre 2010, RSV 312.03.1]), doivent être mis à la charge de A. _____ (art. 428 al. 1 CPP).

La Cour d'appel pénale
appliquant les articles 115 al. 1 let. b LEtr,
41, 46 al. 1, 47, 49 al. 2, 51 CP
et 398 ss CPP
prononce :

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement rendu le 14 novembre 2011 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est toutefois modifié d'office au chiffre I et II de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

"I. Condamne A. _____ pour infraction à la LEtr à une peine privative de liberté de cent jours, sous déduction de vingt-trois jours de détention avant jugement, et au paiement

des frais par 1'575 fr. 95 (mille cinq cent septante-cinq francs et nonante-cinq centimes);

II. Supprimé."

III. Les frais d'appel, par 1'940 fr. (mille neuf cent quarante francs) sont mis à la charge de A. _____.

Le président :

La greffière :

Du 20 février 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 :

- M. A. _____,
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne,
- Ministère public de l'arrondissement de Lausanne.

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 :