

COUR D'APPEL PENALE

Séance du 23 février 2022

Composition : Mme ROULEAU, présidente
MM. Sauterel et Pellet, juges
Greffier : M. Valentino

Parties à la présente cause :

K._____, prévenu, représenté par Me Manon Joseph, défenseur d'office à Lausanne, appelant,

et

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

La Cour d'appel pénale statue à huis clos sur l'appel formé par K._____ contre le jugement rendu le 3 décembre 2021 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause le concernant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 3 décembre 2021, le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois a condamné K._____ pour rupture de ban à une peine privative de liberté de 120 jours, sous déduction de 20 jours de détention provisoire (I), a constaté qu'il a subi 7 jours de détention provisoire dans des conditions illicites et a ordonné que 4 jours de détention soient déduits de la peine fixée au chiffre I ci-dessus, à titre de réparation du tort moral (II), a fixé l'indemnité allouée au défenseur d'office de K._____, Me Manon Joseph, à 4'146 fr. 60, débours et vacations compris (III), a mis les frais de la cause par 8'418 fr. 10 à la charge de K._____, y compris l'indemnité de son défenseur d'office selon chiffre III ci-dessus (IV), et a dit que le remboursement à l'Etat de l'indemnité de son défenseur d'office ne sera exigé du prénommé que si sa situation financière le permet (V).

B. Par annonce du 16 décembre 2021 puis déclaration motivée du 11 janvier 2022, K._____ a interjeté appel contre ce jugement, en concluant, sous suite de frais « et dépens », principalement à sa réforme en ce sens qu'il est condamné à une peine pécuniaire ne dépassant pas 30 jours-amende à 10 fr. et que le chiffre II du dispositif est purement et simplement supprimé et subsidiairement à sa réforme en ce sens qu'il est condamné à une peine privative de liberté ne dépassant pas 30 jours, sous déduction de 20 jours de détention provisoire, qu'il est constaté qu'il a subi 7 jours de détention dans des conditions illicites et qu'il est ordonné que 7 jours soient déduits de la peine privative de liberté à titre de réparation morale ; il a conclu plus subsidiairement à l'annulation du

jugement précité et au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par courrier du 17 janvier 2022, soit dans le délai imparti à cet effet, le Ministère public a indiqué ne pas déposer de demande de non-entrée en matière ni déclarer d'appel joint.

La Présidente de la Cour de céans a proposé aux parties de traiter l'appel, avec leur accord, en procédure écrite (art. 406 al. 2 CPP).

Par courriers des 27 janvier et 1^{er} février 2022, le Ministère public et K._____ ont donné leur accord au traitement de la cause en procédure écrite.

Le 17 février 2022, l'appelant a indiqué qu'il se référait à sa déclaration d'appel et a confirmé ses conclusions.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1.

1.1 K._____ est né en 1982 à Alger, en Algérie, pays dont il est ressortissant. Cadet d'une fratrie de 5 enfants, il a suivi l'école jusqu'à l'âge de 16 ans, avant de partir pour l'Italie, où il aurait séjourné environ deux ans auprès d'un cousin, puis pour la Suisse, où il a rejoint son frère. Il aurait exercé diverses activités au noir, en tant que déménageur, peintre ou dans la sécurité, accumulant par ailleurs diverses condamnations. Il aurait rencontré sa compagne en 2005, également de nationalité algérienne, et l'aurait épousée religieusement en 2006. Le couple a eu deux filles nées en 2014 et 2019. Une demande de regroupement familial a été définitivement rejetée en 2015 par le Tribunal fédéral. Toutefois, le prévenu a indiqué ne pas envisager de se conformer aux décisions de renvoi et d'expulsion rendues à son encontre, souhaitant demeurer auprès de sa famille, bien installée en Suisse, et évoquant le prochain dépôt d'une

nouvelle demande d'autorisation de séjour. En Algérie, il ne lui resterait que sa mère.

1.2 Le casier judiciaire du prévenu, lequel est connu sous plusieurs alias ([...] [né le [...] 1990 ou [...] 1991], [...]), comporte, à la date du 23 novembre 2021, les inscriptions suivantes :

- 06.01.2012 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, peine privative de liberté de 60 jours, pour vol et séjour illégal ;

- 21.05.2013 : Ministère public du canton de Fribourg, peine privative de liberté de 30 jours, pour vol et séjour illégal ;

- 19.11.2013 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, peine privative de liberté de 6 mois, sous déduction de 3 jours de détention préventive, pour vol et séjour illégal ;

- 22.11.2013 : Ministère public cantonal Strada à Lausanne, peine privative de liberté de 90 jours, sous déduction de 2 jours de détention préventive, (peine partiellement complémentaire au jugement du 19.11.2013), pour tentative de vol et séjour illégal ;

- 20.06.2014 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, peine privative de liberté de 60 jours, pour séjour illégal ;

- 26.06.2015 : Ministère public cantonal Strada à Lausanne, peine privative de liberté de 150 jours, sous déduction de 2 jours de détention préventive, pour vol et séjour illégal ;

- 08.11.2015 : Ministère public de l'arrondissement de La Côte, peine privative de liberté de 3 mois, sous déduction d'un jour de détention préventive, pour vol et séjour illégal ;

- 27.05.2016 : Ministère public de l'arrondissement de La Côte, peine privative de liberté de 150 jours et peine pécuniaire de 30 jours-amende à 30 fr., pour injure, violation grave des règles de la circulation routière, conduite d'un véhicule automobile en état d'incapacité (taux d'alcool qualifié), opposition ou dérobade aux mesures visant à déterminer l'incapacité de conduire, vol d'usage d'un véhicule automobile, conduite d'un véhicule automobile sans le permis de conduire requis et séjour illégal ;

- 21.02.2017 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, peine privative de liberté de 80 jours (peine partiellement

complémentaire au jugement du 27.05.2016), pour vol, faux dans les certificats et séjour illégal ;

- 05.07.2019 : Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois, peine privative de liberté de 1 an, sous déduction de 210 jours de détention préventive (peine partiellement complémentaire aux jugements rendus entre le 21.05.2013 et le 21.02.2017), et expulsion pour une durée de 10 ans, pour vol par métier, séjour illégal et exercice d'une activité lucrative sans autorisation ; date de l'expulsion « pour départ volontaire » fixée au 13.09.2020 ;

- 02.03.2020 : Tribunal de police de Genève, peine privative de liberté de 9 mois, sous déduction de 80 jours de détention préventive, pour rupture de ban et vol.

1.3 Il ressort du dossier du Service de la population (ci-après : SPOP ; P. 15) qu'en 2007, le Consul général d'Algérie a confirmé à l'Office fédéral des migrations (ci-après : ODM) la possibilité, dès communication d'une date de départ et de références d'un vol, de délivrer un laissez-passer permettant le refoulement de K._____. Dès 2008, le SPOP a imparti au prévenu plusieurs délais pour quitter la Suisse, sans effet, l'intéressé étant resté dans notre pays et ce, malgré diverses interdictions d'entrer en Suisse. Condamné plusieurs fois pour diverses infractions (cf. consid. 1.2 *supra*), K._____ a tenté en vain d'obtenir une autorisation de séjour en vue de son mariage (cf. consid. 1.1 *supra*). En 2016, il a été convoqué par le SPOP pour fixer une date pour un vol de retour mais il ne s'est pas présenté. Un vol de retour a été organisé pour février 2018 mais a dû être annulé, en raison du nombre de places restreint et de la priorisation d'autres cas. Le 23 juillet 2018, K._____ a été arrêté à Genève par les gardes-frontières, n'étant en possession d'aucun document valable attestant de son identité. Lors de son audition, il a expliqué qu'il était en Suisse depuis l'année 2000 tout en affirmant qu'il y avait « grandi », qu'il savait qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrer dans notre pays, mais que sa fille et la mère de cette dernière habitaient en Suisse et qu'il « a[vait] encore des recours à faire », raisons pour lesquelles il s'opposait à son expulsion. Le 3 septembre 2018, K._____ a derechef été arrêté puis mis en détention pour des vols notamment, ce qui

a conduit au jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne du 1^{er} avril 2019 – confirmé par jugement de la Cour de céans du 5 juillet 2019 (cf. consid. 1.2 *supra*) – prononçant son expulsion du territoire suisse pour une durée de 10 ans. Il ressort de ses auditions que le prévenu logeait tantôt chez la mère de ses enfants, tantôt chez sa sœur, tantôt chez un ami.

Par courrier du 22 janvier 2020, intitulé « fixation du délai de départ de Suisse », le SPOP a imparti au prévenu, qui se trouvait en prison, « un délai immédiat pour quitter notre pays » dès sa libération, conditionnelle ou définitive, précisant qu'en cas de non-observation de ce délai, l'autorité cantonale était susceptible de requérir l'application des mesures de contrainte impliquant une détention administrative. Le procès-verbal de notification de ce document, daté du 14 février 2020, précisait, sous « signature de l'intéressé », ce qui suit : « refuse de signer ».

Le 12 mai 2020, les autorités genevoises se sont inquiétées de savoir ce qu'elles devaient faire du prévenu à sa prochaine sortie de prison. Il était précisé qu'il était attendu de l'intéressé qu'il quitte la Suisse « le jour de son départ » mais que « reconnu par les autorités algériennes, un LP (ndr : laisser-passer) sera[it] demandé en temps voulu », que le renvoi pourrait être organisé vers l'Algérie mais qu'un délai de 2-3 mois était demandé pour obtenir un vol accompagné, qu'actuellement, en raison du Covid-19, aucun vol n'était possible, et que dans l'hypothèse d'une absence de collaboration au renvoi, il n'y avait pas la possibilité d'organiser un vol spécial ou de requérir des mesures de contraintes. Finalement, les autorités genevoises s'avisèrent que l'intéressé devrait être transféré aux autorités vaudoises dès sa fin de peine, vu l'expulsion pénale.

K._____ a été libéré (définitivement) de prison le 13 septembre 2020. Par avis du 15 septembre 2020, le SPOP a informé le SEM (Secrétariat d'Etat aux migrations) de la libération du prévenu expulsé pour 10 ans avec départ « immédiat » et a, par lettre du même jour, adressé à la police cantonale une demande d'inscription au RIPOL.

Le 25 juillet 2021, K._____, qui faisait l'objet d'un mandat d'arrêt pour rupture de ban, a été arrêté au domicile de la mère de ses enfants, sis [...], à Lausanne ; à l'époque, l'intéressé ne vivait pas à cette adresse, mais à la [...], à Genève, chez [...] (P. 4).

Lors de son audition d'arrestation (PV aud. 1), K._____ a en substance déclaré que lorsqu'il était sorti de prison, en septembre 2020, il n'avait pas été informé qu'il devait quitter la Suisse. Rendu attentif au fait qu'il faisait l'objet d'une expulsion du territoire suisse pour une durée de 10 ans selon jugement de la Cour d'appel pénale vaudoise, il a affirmé que s'il est vrai qu'il n'avait fait aucune démarche pour quitter notre pays, « cette fois (...) [il allait] faire en sorte de partir », tout en précisant qu'il envisageait de se marier civilement avec la mère de ses enfants, laquelle était au bénéfice d'un permis C et avait demandé la naturalisation (lignes 34 ss). Il a ensuite indiqué n'avoir connaissance d'aucune démarche concrète entreprise par les autorités suisses en vue de son départ, ajoutant qu'il n'avait plus eu de nouvelles depuis plusieurs années alors que son adresse était connue d'elles (lignes 78 ss).

Par courriel du 26 juillet 2021, ayant pour objet « K._____ urgent », le Ministère public a demandé au SPOP quelles mesures concrètes avaient été prises en vue de l'expulsion de K._____. Par courriel du lendemain, le SPOP a répondu ce qui suit : « (...) les démarches en vue du renvoi de Suisse de cette personne ont été initiées il y a plusieurs années déjà, mais son renvoi n'a pas pu être exécuté à ce jour en raison notamment du fait que la personne refuse de collaborer dans ce sens. Avec le soutien du Secrétariat aux Migrations, cette personne a pu être identifiée par les autorités algériennes (...) et un laissez-passer pourra être obtenu. Toutefois, en raison du fait que la personne n'a jamais accepté de collaborer pour partir en Algérie, mais également des restrictions posées par les autorités de ce pays pour les départs non-volontaires, ce renvoi n'a pas pu être exécuté à l'issue des nombreuses détentions pénales de ces dernières années. En outre, il faut savoir que depuis le début de la pandémie mondiale liée à la Covid-19, l'Algérie

refuse les renvois sous contrainte, mais il existe la possibilité de retour volontaires/autonomes (*sic*) pour les personnes qui sont en possession d'un passeport original valable ».

Par jugement du 4 août 2021, le Tribunal de police de Genève a condamné K. _____, sous l'alias [...], à une peine privative de liberté de 120 jours et à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à 10 fr., pour violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires et injure, et a ordonné son expulsion du territoire suisse pour une durée de 3 ans (P. 8). Le prévenu a interjeté appel contre ce jugement (P. 17 et 22/1 ; jugt, p. 4).

Interpellé le 4 novembre 2021 au sujet des démarches de renvoi entreprises, à la suite de l'expulsion prononcée le 5 juillet 2019 par la Cour d'appel pénale, le SPOP a, dans un courrier du 8 novembre 2021 ayant la même teneur que le courriel du 27 juillet 2021 précité, indiqué que les démarches en vue de l'identification et du renvoi de Suisse de K. _____ avaient été initiées il y a plusieurs années, mais qu'en raison du refus catégorique du prénommé de quitter le pays, ce renvoi n'avait pas pu être exécuté à ce jour. Il a précisé qu'avec le soutien du SEM, le prévenu avait pu être identifié par les autorités algériennes et qu'un laisser-passer pouvait être obtenu, mais qu'en raison de la situation sanitaire actuelle, un renvoi non-volontaire n'était pas réalisable, l'intéressé n'étant pour le surplus pas disposé à collaborer en vue de son départ (P. 20).

2. Les faits reprochés au prévenu - et non contestés - sont les suivants :

Entre le 13 septembre 2020, date de sa sortie de prison où il purgeait une peine pour, notamment, rupture de ban, et le 25 juillet 2021, date de son arrestation, K. _____ a persisté à séjourner en Suisse, en dépit d'une mesure d'expulsion judiciaire de 10 ans prononcée le 5 juillet 2019 par la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois.

En droit :

1.

1.1 Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 385 al. 1 et 399 CPP) par une partie ayant la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de K. _____ est recevable.

1.2 L'appel est traité en procédure écrite, dès lors qu'il est dirigé contre un jugement rendu par un juge unique, que la présence du prévenu aux débats d'appel n'est pas indispensable et que les parties y ont consenti (art. 406 al. 2 CPP).

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

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle 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 (Eugster, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozess-ordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

3.

3.1 L'appelant invoque tout d'abord une constatation incomplète et erronée des faits, en ce qui concerne les démarches de renvoi effectuées par les autorités depuis le 5 juillet 2019. Il cite plusieurs pièces et ses déclarations.

3.2 La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, in : Jeanneret et al. [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, n. 19 ad art. 398 CPP).

3.3 L'appelant reproche au Tribunal de police d'avoir omis de tenir compte, dans l'état de fait, des éléments suivants, ressortant du dossier du SPOP (P. 15) ainsi que du dossier pénal :

- la mention figurant au casier judiciaire selon laquelle son départ, fixée à la date du 13 septembre 2020, se ferait sur une base volontaire uniquement ;

- le courrier du SPOP du 22 janvier 2020 lui impartissant un « délai immédiat pour quitter » le pays, dès sa libération de prison (P. 15) ;

- le courriel des autorités genevoises du 12 mai 2020 indiquant qu'il « devra[it] être transféré aux autorités vaudoises dès sa fin de peine » (P. 15) ;

- l'avis du SPOP au SEM du 15 septembre 2020 concernant sa libération à la date du 13 septembre 2020 et la demande d'inscription au RIPOL adressée par le SPOP à la police cantonale le même jour (P. 15) ;

- son arrestation du 25 juillet 2021 (P. 4) et ses déclarations lors de son audition d'arrestation du 27 juillet 2021 (PV aud. 1) ;

- le courriel du SPOP du 27 juillet 2021 informant la Procureure des démarches entreprises en vue de son expulsion (P. 5).

Ces éléments sont désormais intégrés à l'état de fait retenu dans le présent jugement (cf. *supra* consid. 1.2 [casier judiciaire] et 1.3 dans la partie « En fait »).

4.

4.1 L'appelant, se prévalant de ATF 147 IV 232, soutient que les démarches effectuées étaient insuffisantes pour qu'une peine privative de liberté puisse être prononcée. Il estime que seules les démarches effectuées depuis le 5 juillet 2019 doivent être prises en considération, mais fait subsidiairement valoir que même si on tient compte de celles qui ont précédé, cela serait insuffisant au regard de cette jurisprudence.

4.2

4.2.1 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.

Les art. 66a et 66a bis CP 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). 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; TF 6B_559/2008 du 12 septembre 2008 consid. 2.2).

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, in Commentaire romand, Code pénal II, 2017, n° 26 ad art. 291 CP; Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3^e éd. 2010, n° 32 ad art. 291 CP; cf. sous l'ancien droit : ATF 104 IV 186 consid. 5b p. 191).

4.2.2 La Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après: Directive 2008/115; Directive sur le retour) a été reprise par la Suisse, par arrêté fédéral du 18 juin 2010 (Arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre de l'échange de notes du 30 janvier 2009 entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la Directive CE 2008/ 115/CE sur le retour; RS 0.362.380.042; JO L 348 du 24 décembre 2008 p. 98; RO 2010 5925). La LEI (intitulée, jusqu'au 31 décembre 2018, loi fédérale sur les étrangers [LEtr]; RO 2017 6521) a été adaptée en conséquence (cf. TF 6B_1365/2019 du 11 mars 2020 consid. 2.3.3; ATF 143 IV 249 consid. 1.8.1 p. 260). Les juridictions suisses doivent faire leur possible pour mettre en oeuvre la jurisprudence européenne relative à cette directive (ATF 143 IV 264 consid. 2.1 p. 266).

La Directive 2008/115 pose le principe de la priorité des mesures de refoulement sur le prononcé d'une peine privative de liberté du ressortissant d'un pays tiers qui est en séjour illégal (cf. ATF 143 IV 249 consid. 1.4.3 p. 254, consid. 1.5 p. 256 et consid. 1.9 p. 261; TF 6B_1365/2019 du 11 mars 2020 consid. 2.3.1 et 2.3.4). Un tel genre de peine ne peut entrer en ligne de compte que lorsque toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour ont été entreprises (cf. art. 6, 7, 8, 15 et 16 de la Directive 2008/115; ATF 143 IV 249 consid. 1.9 p. 260).

4.2.3 Compte tenu des objectifs visés par la Directive 2008/115 (notamment fixer des règles communes applicables au retour et à

l'éloignement des ressortissants d'Etats tiers en séjour irrégulier), le Tribunal fédéral a considéré que le non-respect d'une interdiction de pénétrer dans une région déterminée, prononcée en lien avec la mise en œuvre du renvoi ou de l'expulsion (art. 119 al. 1 *cum* art. 74 al. 1 let. b et c LEI [anciennement LEtr]), ne pouvait faire l'objet d'une peine privative de liberté que si les mesures en vue du refoulement avaient été prises conformément à la directive (cf. ATF 143 IV 264 consid. 2.6.2 p. 269).

Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que la Directive sur le retour ne s'opposait pas à la condamnation à une peine privative de liberté pour non-respect d'une interdiction de pénétrer dans une région déterminée, prononcée en raison du comportement de l'intéressé troublant ou menaçant la sécurité et l'ordre publics (art. 119 al. 1 *cum* art. 74 al. 1 let. a LEI [anciennement LEtr]) commis en concours avec un séjour illégal, indépendamment des mesures mises en œuvre pour le renvoi effectif de l'intéressé (ATF 143 IV 264 consid. 2 et 3; cf. TF 6B_1189/2015 du 13 octobre 2016 consid. 2.1 et TF 6B_320/ 2013 du 29 août 2013 consid. 3; cf. également Zünd, in Migrationsrecht, Kommentar, 5^e éd. 2019, n° 12 ad art. 115 LEI et n° 2 ad art. 119 LEI). Cette approche a été suivie dans d'autres cas de séjour illégal commis en concours avec le non-respect d'une interdiction de périmètre fondée sur l'art. 74 al. 1 let. a LEI (art. 115 al. 1 let. b *cum* 119 al. 1 LEI [anciennement LEtr]; TF 6B_912/2017 du 4 octobre 2017 consid. 1.2; TF 6B_1078/2016 du 29 août 2017 consid. 2) ou avec l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115 al. 1 let. b *cum* 115 al. 1 let. c LEI [anciennement LEtr]; TF 6B_118/2017 du 14 juillet 2017 consid. 4.4; TF 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.2).

4.2.4 Selon la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la Directive sur le retour s'oppose à l'emprisonnement d'un ressortissant étranger en séjour irrégulier pour la seule raison qu'il continue de se trouver de manière irrégulière sur le territoire de l'Etat après qu'un ordre de quitter le territoire national lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré. Selon la CJUE, une telle peine risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, à savoir

l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, notamment parce que le fait de condamner quelqu'un à une peine d'emprisonnement relativement longue a nécessairement pour conséquence de retarder l'exécution de la décision de retour prise à son encontre. Selon la jurisprudence européenne, une peine d'emprisonnement pour séjour illégal ne peut être infligée à un ressortissant étranger que si la procédure administrative de renvoi a été menée à son terme sans succès et que le ressortissant étranger demeure sur le territoire sans motif justifié de non-retour (cf. arrêts CJUE du 7 juin 2016 C-47/15 *Affum*, points 52 ss, 62 ss et 93; du 6 décembre 2011 C-329/11 *Achughbabian*, Rec. 2011 I-12709 points 36 ss, 46 ss, 50; du 28 avril 2011 C-61/11 *El Dridi*, Rec. 2011 I-3017 points 52 ss, 58 ss, 62).

Dans une affaire récente, la CJUE a traité de la conformité d'une disposition pénale nationale incriminant le "séjour irrégulier qualifié", avec la Directive 2008/115 (arrêt CJUE du 17 septembre 2020 C-806/18 *JZ*). La disposition examinée (art. 197 du Code pénal néerlandais) prévoit en substance que le ressortissant étranger qui séjourne sur le territoire national alors qu'il sait ou a des raisons sérieuses de croire qu'il a été déclaré indésirable ou qu'il a fait l'objet d'une interdiction d'entrée en application de la loi sur les étrangers (cf. art. 66 a par. 7 de la loi néerlandaise sur les étrangers) est puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de six mois. La CJUE a rappelé que la Directive 2008/115 n'exclut pas l'application de dispositions pénales, réglant, dans le respect des principes de la directive et de son objectif, la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier. Par conséquent, cette directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale permettant l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur le territoire de l'Etat membre concerné sans motif justifié (arrêt C-806/18 *JZ* précité, points 28 et 38 en lien avec l'arrêt C-329/11 *Achughbabian* précité). Sur la base de cette considération, la CJUE a jugé qu'il était loisible aux États membres de prévoir une telle

peine à l'égard de ceux, parmi ces ressortissants, qui par exemple ont des antécédents pénaux ou représentent un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale (arrêt C-806/18 JZ précité, point 38).

4.3 En l'espèce, K._____ a fait l'objet d'une expulsion par un juge pénal, en raison des vols qu'il avait commis. Vu son casier judiciaire, qui fait état de onze condamnations en huit ans, notamment pour vol par métier, faux dans les certificats et diverses infractions à la loi sur la circulation routière, il représente à l'évidence un danger pour la sécurité et l'ordre publics.

En ce qui concerne les démarches de renvoi, le premier juge a d'abord rappelé qu'en 2007, le consul d'Algérie avait confirmé à l'ODM la possibilité, dès communication d'une date de départ et de références d'un vol, de délivrer un laissez-passer permettant le refoulement du prénommé. Dès 2008, le SPOP avait imparti au prévenu plusieurs délais pour quitter le pays, sans effet. Le prévenu était resté dans notre pays malgré cela et malgré des interdictions d'entrer en Suisse. Condamné plusieurs fois pour diverses infractions, il avait tenté en vain d'obtenir une autorisation de séjour en vue de mariage. En 2016, il avait été convoqué par le SPOP pour fixer une date pour un vol de retour mais il ne s'était pas présenté. Un vol de retour avait été organisé pour février 2018 mais avait dû être annulé en raison du nombre de places restreint et de la priorisation d'autres cas. Puis, par courrier du 22 janvier 2020 notifié au prévenu le 14 février 2020, le SPOP avait derechef imparti à ce dernier un délai immédiat pour quitter la Suisse à sa libération de prison. Dite libération était intervenue le 13 septembre 2020 et K._____ avait été réinscrit au RIPOL. Sur la base de ces faits, le Tribunal de police a considéré que de nombreuses démarches avaient ainsi été entreprises en vue du renvoi du prévenu, depuis plus de dix ans, que le SPOP s'était assuré que ce dernier avait été identifié par son pays et qu'un laissez-passer pourrait être obtenu et un vol réservé une fois résolu le problème de la pandémie, et qu'en l'état, un retour non volontaire n'était pas possible, mais que l'intéressé avait toute liberté d'organiser avec l'aide des autorités un retour volontaire, « possibilité dont il a[vait] encore confirmé aux débats n'avoir aucune intention de

faire usage » (jugt, p. 15). On ne voyait donc pas, selon le premier juge, quelles autres mesures pouvaient être attendues des services compétents, la situation sanitaire et l'opposition du prévenu faisant obstacle à leur concrétisation. Si le SPOP n'avait pas multiplié les démarches dès 2019, cela s'expliquait par le fait que le nécessaire avait été fait en amont et de longue date. Le prévenu ne saurait tirer avantage de son opiniâtreté.

Ces considérants doivent être suivis. Avant 2019, les démarches entreprises ont consisté en l'identification du prévenu par les autorités algériennes, la fixation de multiples délais de départ volontaire, la convocation pour convenir d'une date de retour, puis l'organisation d'un vol de retour forcé. A partir de l'automne 2018, le prévenu était à nouveau en prison pour des vols. Il n'a été libéré qu'à l'automne 2020, alors que la pandémie de Covid-19 avait déjà débuté et que les Algériens refusaient les renvois forcés. Dans ces conditions, le SPOP ne pouvait rien faire de plus à partir du 5 juillet 2019, si ce n'est impartir un nouveau délai de départ volontaire, ce qui a été fait par avis communiqué en février 2020.

L'appelant fait valoir qu'aucune mesure de contrainte en vue d'assurer le renvoi n'a par exemple été ordonnée. Certes, mais il semble oublier que le renvoi n'était alors pas possible. De telles mesures auraient été considérées comme illicites dans ces circonstances. L'appelant soutient en outre qu'on ne lui a pas dit de quitter la Suisse à sa sortie de prison. Peu importe, puisqu'il avait été informé auparavant qu'il devrait le faire à sa sortie.

Le moyen est donc mal fondé et doit être rejeté.

5.

5.1 Invoquant une violation des art. 47, 48 et 48a CP, l'appelant estime la peine excessive. Il fait valoir qu'il s'agit d'une première infraction de rupture de ban, sa condamnation du 2 mars 2020 faisant l'objet d'un appel et n'étant donc pas définitive. Il estime que la peine ne

doit pas dépasser 30 jours, qu'elle prenne la forme d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté. Si une peine privative de liberté est prononcée, il fait valoir que la jurisprudence a jugé contraires au but de la Directive européenne sur le retour des peines dépassant 60 jours, dans la mesure où elles empêchent le renvoi. En cas de peine pécuniaire, il déclare renoncer à une réparation pour la détention dans des conditions illicites. En cas de peine privative de liberté, il soutient qu'il a été détenu 9 jours en zone carcérale et que, une fois déduites les 48 premières heures, il restait 7 jours à déduire de la peine prononcée.

5.2 Le juge fixe la quotité de la peine d'après la culpabilité de l'auteur (art. 47 CP). Elle 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, la vulnérabilité face à la peine et le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1).

5.3 L'appelant n'indique pas quelle circonstance atténuante de l'art. 48 CP devrait être prise en considération.

S'il n'y a pas d'antécédent définitif en matière de rupture de ban, il en existe dans d'autres domaines et notamment en matière de séjour illégal. C'est donc en vain que l'appelant plaide qu'il s'agit d'une première infraction vu son casier judiciaire qui comporte dix autres inscriptions.

L'opiniâtreté dont fait preuve l'intéressé, pour reprendre le terme utilisé par le premier juge, ainsi que son mépris des règles en tous genres commandent une peine qui ne soit pas que symbolique. On se trouve dans un cas où une peine privative de liberté entre en ligne de

compte, la procédure administrative de renvoi ayant été menée à terme sans succès, l'intéressé ayant persisté à demeurer sur le territoire suisse sans motif justifié de non-retour et ce, malgré les condamnations précédentes et plusieurs mois de détention. Une peine pécuniaire n'exercerait à l'évidence aucun effet dissuasif sur le prévenu, en situation illégale et sans ressources licites en Suisse. La culpabilité de K. _____ est importante. Ainsi qu'on l'a vu, il ne peut pas soutenir qu'il n'avait pas compris la décision d'expulsion. Compte tenu de son comportement délictueux répété, d'une volonté délictuelle importante consistant à transgresser la décision d'expulsion judiciaire prononcée à son encontre et dont il avait parfaitement conscience, du défaut de collaboration avec les autorités administratives (étant précisé que l'intéressé avait plusieurs identités et qu'il a fallu un certain temps pour l'identifier) et de son absence de prise de conscience quant à la nécessité d'envisager son avenir dans un pays où il est autorisé à vivre légalement (cf. jugt. p. 6 : « je refuse de quitter la Suisse »), une peine privative de liberté de 120 jours est adéquate. Comme le renvoi n'est de toute façon pas possible en l'état, une telle peine ne constitue pas un obstacle au but de la Directive sur le retour.

La peine fixée ne peut qu'être ferme. Au vu des éléments qui précèdent, le pronostic est en effet manifestement défavorable, ce que l'appelant, qui n'a pas conclu à l'octroi du sursis, ne conteste d'ailleurs pas.

En ce qui concerne la détention dans des conditions illicites, l'appelant se méprend. La déduction n'est pas d'un jour par jour passé en zone carcérale, mais d'un jour pour deux, après déduction des premières 48 heures (ATF 140 I 246 consid. 2.4.2 ; ATF 139 IV 41 consid. 3.3 ; CAPE 29 octobre 2019/431 consid. 3.3.2 ; CAPE 28 mars 2019/92 consid. 5.2 et les références citées, notamment CAPE 18 août 2016/357 consid. 4.2). Il s'agissait donc en l'occurrence de déduire 3,5 jours sur les 7 restants, une fois déduites les premières 48 heures. Dans cette hypothèse, le chiffre est arrondi à la hausse, soit à 4 jours. Le jugement est donc également bien fondé sur ce point.

6. Au vu de ce qui précède, l'appel de K._____ doit être intégralement rejeté et le jugement entrepris confirmé.

Me Manon Joseph, défenseur d'office, a droit à une indemnité pour la procédure d'appel (art. 422 al. 1 et al. 2 let. a CPP). Elle a produit une liste des opérations faisant état de 11,4 heures d'activité d'avocat, ce qui peut être admis, sous réserve des débours forfaitaires qui seront alloués à concurrence de 2% et non de 5% (cf. art. 3bis al. 1 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3], applicable 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]). Ainsi, le montant des honoraires s'élève à 2'052 fr. (11,4 x 180), auxquels s'ajoutent 41 fr. 05 de débours et la TVA au taux de 7,7 % sur le tout par 161 fr. 15, de sorte que c'est une indemnité totale de 2'254 fr. 20 qui sera allouée à Me Joseph.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, soit l'émolument de jugement par 1'980 fr. (art. 21 al. 1 TFIP) et l'indemnité du défenseur d'office de l'appelant, par 2'254 fr. 20, seront mis à la charge de K._____ qui succombe (art. 428 al. 1, 1^{re} phrase, CPP).

Le remboursement à l'Etat de l'indemnité de défenseur d'office mentionnée ci-dessus sera exigé de K._____ dès que sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 let. a CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
en application des art. 40, 41, 47, 50, 51, 291 CP, 398 ss CPP,
statuant à huis clos,
prononce :

- I. L'appel est rejeté.

- II. Le jugement rendu le 3 décembre 2021 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois est confirmé selon le dispositif suivant :

« I. condamne K. _____, pour rupture de ban, à une peine privative de liberté de 120 (cent vingt) jours, sous déduction de 20 (vingt) jours de détention provisoire ;

II. constate que K. _____ a subi 7 (sept) jours de détention provisoire dans des conditions illicites et ordonne que 4 (quatre) jours de détention soient déduits de la peine fixée au chiffre I ci-dessus, à titre de réparation du tort moral ;

III. fixe l'indemnité allouée au défenseur d'office de K. _____, Me Manon Joseph, à 4'146 fr. 60, débours et vacations compris ;

IV. met les frais de la cause par 8'418.10 fr. à la charge de K. _____, y compris l'indemnité de son défenseur d'office selon chiffre III ci-dessus ;

V. dit que le remboursement à l'Etat de l'indemnité de son défenseur d'office ne sera exigé de K. _____ que si sa situation financière le permet. »

- III. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'254 fr. 20 (deux mille deux cent cinquante-quatre francs et vingt centimes), TVA et débours compris, est allouée à Me Manon Joseph.

IV. Les frais d'appel, par 4'234 fr. 20 (quatre mille deux cent trente-quatre francs et vingt centimes), y compris l'indemnité d'office prévue au chiffre III ci-dessus, sont mis à la charge de K._____.

V. K._____ sera tenu de rembourser à l'Etat de Vaud le montant de l'indemnité en faveur de son défenseur d'office prévue au chiffre III ci-dessus dès que sa situation financière le permettra.

La présidente :

Le greffier :

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 Manon Joseph, avocate (pour K._____),
- 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,

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).

Le greffier :