

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 14 septembre 2009

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. de Montmollin et Battistolo
Greffier : M. Rebetez

Art. 42, 43, 47 CP; 19 ch. 2 let. c LStup; 411 let. h et i, 415 CPP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par **N._____** contre le jugement rendu le 21 juillet 2009 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause le concernant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 21 juillet 2009, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois a, notamment, libéré N._____ de l'accusation de faux dans les certificats (I) et l'a condamné pour infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants (ci-après : LStup), infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (ci-après : LSEE) et infraction à la loi fédérale sur les étrangers (ci-après : LEtr), à une peine privative de liberté de trente-six mois, sous déduction de cent soixante jours de détention préventive (II).

B. Ce jugement retient en substance ce qui suit, la cour de céans se référant pour le surplus à l'état de fait dans son intégralité :

1. Né le 1^{er} janvier 1983, N._____ est ressortissant de Guinée-Conakry. Célibataire, il n'est au bénéfice d'aucune formation professionnelle et est sans domicile fixe.

A son casier judiciaire figurent trois inscriptions :

- 3 décembre 2002, Juge d'instruction de Lausanne, délit contre la LStup, dix jours d'emprisonnement avec sursis durant deux ans, sursis révoqué;
- 24 décembre 2002, Juge d'instruction cantonal Lausanne, délit et contravention à la LStup, deux mois d'emprisonnement et trois ans d'expulsion (répercussion abolie);
- 19 octobre 2004, Juge d'instruction de l'Est vaudois, recel, rupture de ban et délit contre la LStup, cinquante jours d'emprisonnement et expulsion de cinq ans (répercussion abolie).

2. a) L'accusé a déposé une demande d'asile en Suisse le 12 janvier 2002. Sa requête ayant été définitivement rejetée, il est considéré comme NEM dès le 15 mars 2002. Il n'a jamais rien entrepris pour quitter

le territoire helvétique où il réside dès lors illicitement, sous réserve d'un séjour effectué en France de fin 2007 à la fin du printemps 2008.

N._____ a été reconnu coupable d'infraction à la LSEE pour les faits qui lui sont reprochés du 15 mars 2002 au 31 décembre 2007 et d'infraction à la LEtr pour les faits qui lui sont reprochés du 1^{er} janvier 2008 à ce jour.

b) Le jugement se réfère expressément, pour en faire partie intégrante, à l'ordonnance de renvoi rendue le 1^{er} mai 2009 par le Juge d'instruction itinérant qui mentionne que l'intéressé a vendu les quantités suivantes de cocaïne, à Montreux et à Lausanne :

- entre décembre 2004 et mars 2006, environ 38 g pour un prix de vente total de 5'000 fr. à G._____;
- en 2005, une trentaine de boulettes, soit environ 24 g pour un prix de vente total de 3'000 fr. à P._____;
- entre début 2005 et fin août 2006, nonante boulettes, soit environ 72 g pour un prix de vente total de 8'100 fr. à T._____;
- entre début 2005 et juin 2006, une vingtaine de grammes pour un prix de vente total de 2'560 fr. à C._____;
- entre l'été 2005 et fin 2006, 6 à 9 g pour une somme comprise entre 700 et 1'200 fr. à S._____;
- entre mars et décembre 2006, sept boulettes, soit environ 5 g pour un prix de vente total de 700 fr. à Q._____;
- entre début 2007 et janvier 2009, 80 g pour un prix de vente total de 8'000 fr. à I._____;
- en janvier 2009, 4 g pour 360 fr. à B._____ et 2 g pour 160 fr. à _____ de ses amis.

Appréciant les faits de la cause, le tribunal a finalement retenu que l'accusé avait vendu 228,5 g de cocaïne entre décembre 2004 et janvier 2009. Dans la mesure où le degré de pureté de la drogue n'a pu être déterminée par expertise, les premiers juges se sont référés au degré moyen de pureté fixé par l'Institut universitaire de médecine légale (ci-après : IUML) pour les années 2005 à 2007, soit 46,33 %. En définitive, ils

ont considéré qu'une quantité de 105,86 g de drogue pure avait été vendue.

En raison de ces faits, N._____ a été reconnu coupable d'infraction grave à la LStup. Le jugement retient les circonstances aggravantes de la quantité et du métier.

C. En temps utile, N._____ a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant principalement à sa réforme en ce sens qu'il est condamné à une peine privative de liberté sensiblement réduite, sous déduction de la préventive subie, avec sursis. Subsidiairement, il conclut à son annulation et à son renvoi en première instance pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants.

En droit :

I. Le recours est en nullité et en réforme. En pareil cas, il appartient à la cour de céans de déterminer la priorité d'examen des moyens invoqués (Besse-Matile/Abravanel, Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, in JT 1989 III 98, spéc. 99; Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, in JT 1996 III 66, spéc. p. 107; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3^{ème} éd., Bâle 2008, n. 1.4 ad art. 411 CPP).

En l'espèce, il convient d'examiner en premier lieu les moyens de nullité, ceux-ci pouvant faire apparaître des irrégularités propres à influencer sur la décision attaquée, éventualité qui n'est plus examinée dans le cadre du recours en réforme.

II. Recours en nullité

1. Invoquant l'art. 411 let. h et i CPP, le recourant soutient qu'à plusieurs égards, l'état de fait du jugement est lacunaire et qu'il existe des doutes sur l'existence de faits admis.

1.1 S'agissant d'un recours en nullité fondé sur l'art. 411 let. h ou i CPP, il sied de rappeler en préambule que le tribunal de première instance établit souverainement les faits selon sa conviction, en appréciant tous les éléments d'instruction réunis en cours d'enquête et lors des débats et en exposant de façon claire et complète les circonstances qu'il retient (art. 365 al. 2 et 372 al. 2 litt. a CPP; Bovay et alii, op. cit., n. 10.2 ad art. 411 CPP et les réf. cit.). La Cour de cassation n'étant pas une juridiction d'appel, le moyen de nullité tiré de l'art. 411 let. h et i CPP doit être envisagé comme un remède exceptionnel et ne permet pas au recourant de discuter librement l'état de fait du jugement devant l'autorité de recours, à laquelle il appartiendrait de choisir la version la plus vraisemblable (Bovay et alii., op. cit., n. 8.1 ad art. 411 CPP; Cass., A., 19 septembre 2000, n. 504; Cass., V., 14 septembre 2000, n. 494; JT 1999 III 83, c. 6b; Besse-Matile/Abgravanel, op. cit., p. 103).

En procédure pénale vaudoise, l'instruction principale faite aux débats est orale, de sorte que les déclarations qui y sont émises ne sont pas verbalisées. Le résultat de l'administration des preuves ne figure ainsi que dans l'état de fait du jugement. Toute référence aux procès-verbaux enregistrés durant l'enquête est sans pertinence après le jugement, puisqu'on ignore ce qui a pu être déclaré aux débats par les personnes déjà entendues dans l'enquête (Bersier, op. cit., p. 80; Bovay et alii, op. cit., n. 10.12 et 11.5 ad art. 411 CPP). Cependant, le Tribunal fédéral reconnaît que le droit d'être entendu confère aux parties celui d'obtenir que les déclarations des parties, des témoins et des experts, qui sont importantes pour l'issue du litige, soient consignées au procès-verbal, tout au moins dans leur teneur essentielle. Cette retranscription permet à l'autorité de recours de contrôler, s'il y a lieu, que les faits ont été

constatés correctement ou, du moins, sans arbitraire (Bovay et alii, op. cit., n. 10.4 et 11.5 ad art. 411 CPP).

Selon l'art. 411 let. h CPP, le recours en nullité est ouvert lorsque, sur des points de nature à influencer sur la décision attaquée, l'état de fait du jugement est insuffisant, présente des lacunes ou des contradictions. Cette disposition envisage ainsi des vices de deux natures : les insuffisances ou lacunes d'une part et les contradictions d'autre part (Bersier, op. cit., p. 81). L'existence d'une lacune ou d'une insuffisance de l'état de fait ne peut être retenue comme moyen de nullité, conformément à l'art. 411 let. h CPP, que si elle porte sur des points de nature à exercer une influence sur le dispositif du jugement attaqué, soit essentiellement sur des éléments de fait qualificatifs de l'infraction ou sur des critères déterminants de la culpabilité de l'auteur (Bersier, op. cit., p. 81). En revanche, la motivation donnée par le premier juge à l'appui de sa conviction quant aux faits ne constitue pas comme telle des faits importants au sens de cette disposition (Besse Matile/Abravanel, op. cit., p. 104).

En outre, il ne peut y avoir une contradiction qui fonde la nullité du jugement que dans la mesure où certains faits retenus dans le jugement sont en contradiction avec d'autres faits retenus dans le même jugement (contradiction interne ou intrinsèque). Les contradictions entre un fait du jugement et une pièce du dossier, ou une déclaration verbalisée durant l'enquête, restent sans portée puisque la Cour de cassation pénale n'est pas en mesure d'apprécier le résultat de l'appréciation des preuves faite aux débats sur un tel point (Bersier, op. cit., p. 82). Il faut encore distinguer les faits que le tribunal expose et la discussion de ces faits par le tribunal lui-même, dont l'éventuel désaccord avec ces faits ne relèverait pas du moyen tiré de l'art. 411 let. h CPP mais de l'application du droit aux faits, soit du recours en réforme. En effet, il ne peut y avoir contradiction entre une constatation de fait et une appréciation juridique (Bovay et alii, op. cit., n. 10.12 ad art. 411 CPP et les réf. cit.; Bersier, op. cit., p. 82; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 105).

Le moyen de nullité de l'art. 411 let. i CPP est ouvert s'il existe des doutes sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause. L'existence d'un doute sur un fait au sens de l'art. 411 let. i CPP se confond avec la mise en cause d'une appréciation arbitraire des preuves qui s'y rapportent (Bersier, op. cit., p. 83). Les constatations de fait et l'appréciation des preuves sont arbitraires lorsqu'elles sont évidemment fausses, contredisent d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, reposent sur une inadvertance manifeste ou un abus du pouvoir d'appréciation, par exemple si l'autorité s'est laissé guider par des considérations aberrantes ou a refusé de tenir compte de faits ou de preuves manifestement décisifs (Cass., A., 9 mars 1999, n. 249; Bersier, op. cit., p. 83; Besse-Matile/Abrevanel, op. cit., p. 104 et les réf. cit.). Une constatation de fait n'est donc pas arbitraire pour la seule raison que la version retenue par le juge ne coïncide pas avec celle de l'accusé; encore faut-il que l'appréciation des preuves soit manifestement insoutenable, en contradiction flagrante avec la situation effective, qu'elle repose sur une inadvertance manifeste, ou encore qu'elle heurte de façon grossière le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 118 Ia 28, c. 1b et les réf. cit.).

Il convient de préciser qu'un léger doute, un doute théorique ou encore abstrait ne suffit pas à entraîner l'annulation du jugement. Seul un doute concret, d'une certaine consistance, en d'autres termes un doute raisonnable, peut conduire à cette sanction (Bovay et alii, op. cit., n. 11.1 ad art. 411 CPP; Bersier, op. cit., p. 83). Tel n'est pas le cas lorsque le premier juge n'a méconnu aucun des éléments de l'instruction et que, pour fixer le point litigieux, on ne peut que s'en référer à son appréciation (JT 2003 III 70, c. 2a; Bovay et alii, op. cit., n. 11.6 ad art. 411 CPP et les réf. cit.). Il ne suffit pas non plus qu'une solution différente puisse être tenue pour également concevable ou apparaisse même préférable. En particulier, il ne suffit pas au recourant de faire d'amples considérations en concluant que certaines appréciations du premier juge sont erronées, avant de plaider sa propre appréciation des faits et des témoignages (JT 2003 III 70, précité, c. 2b; ATF 126 I 168, c. 3a; ATF 125 I 166, c.2a; Bersier, op. cit., pp. 83 et 91).

1.2 Le recourant fait grief aux premiers juges d'avoir retenu qu'il avait vendu à I._____ huitante boulettes représentant 80 g de cocaïne. Il soutient qu'une boulette ne contient jamais un gramme de marchandise. Selon lui, les témoins entendus durant l'enquête ont déclaré qu'une boulette contenait entre 0,5 et 0,8 g. de cocaïne et la police elle-même estime qu'une boulette contient 0,7 gramme. C'est donc ce dernier chiffre que le tribunal aurait dû prendre en considération.

Le tribunal s'est fondé sur les déclarations des acheteurs en cours d'enquête afin de déterminer les quantités de drogue vendues par l'accusé. S'il est vrai que dans les autres cas, les boulettes ont été calculées à moins d'un gramme, il n'en demeure pas moins qu'I._____ a indiqué que celles qu'il acquérait auprès d'N._____ contenaient un gramme de cocaïne. De surcroît, le rapport de police du 7 avril 2009, repris par l'ordonnance de renvoi, impute au recourant la vente de quelque 80 g de cocaïne à I._____ (pièce 28, p. 2).

En définitive, la quantité de drogue vendue par le recourant à I._____, retenue par les premiers juges, n'est nullement arbitraire en tant qu'elle se base sur les déclarations des acheteurs en cours d'instruction.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté.

1.3 L'accusé reproche au tribunal d'avoir retenu un taux moyen de pureté de la drogue, pour les années 2005 à 2007, de 46,33%. Se référant au rapport de police du 7 avril 2009, il soutient qu'un taux de pureté de 25 % aurait dû être pris en considération.

Dans la mesure où le recourant se réfère au rapport de police du 7 avril 2009, il apparaît utile de compléter l'état de fait du jugement, en application de l'article 433a CPP, qui permet à la Cour de cassation, saisie d'un recours en nullité fondé sur l'article 411 lettres f, g, h, i ou j CPP, de revoir librement les faits dans la mesure où l'état de fait du jugement est insuffisant, présente des lacunes ou des contradictions ou s'il existe des

doutes sur l'existence des faits admis et importants. Le rapport susmentionné indique qu'"en se fiant au taux de pureté habituel des boulettes de cocaïne en ville de Lausanne, on peut raisonnablement fixer un taux de pureté de 20 % à 30 % comme base de travail, pour la marchandises vendue par N._____ à ses clients" (pièce 28, p. 5).

Compte tenu du fait qu'il ressort du rapport que cette évaluation date de l'année 2009 et qu'elle n'est pas mise en relation avec la période de la totalité des ventes de l'accusé, c'est sans arbitraire aucun que le tribunal a retenu une concentration moyenne de 46,33 % pour la cocaïne sur laquelle a porté son activité délictueuse. En outre, le taux de pureté cité par la police renvoie à celui de la ville de Lausanne alors qu'une grande partie des ventes ont été réalisées à Montreux. Au demeurant, on ne voit pas pour quel motif les statistiques établies par l'Institut Universitaire de Médecine Légale (ci-après : IUML) seraient dénuées de pertinence pour évaluer la pureté de la marchandise écoulée par le recourant.

Enfin, même à supposer que ce dernier puisse se prévaloir d'autres taux légèrement plus favorables, cela n'aurait pas d'influence sur le jugement entrepris. La quantité de drogue trafiquée n'exerçant pas une influence prépondérante sur la fixation de la peine (ATF 121 IV 202, c. 2d/cc, JT 1997 IV 108; ATF 118 IV 342, c. 2c, JT 1994 IV 67), une variation de quelques grammes dans la quantité de stupéfiants retenue à la charge d'N._____ ne justifierait pas une diminution de la peine qui lui a été infligée.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté.

2. Pour le surplus, la question de savoir si la circonstance aggravante du métier a été retenue à tort sera examinée dans le recours en réforme

III. Recours en réforme

1. Saisie d'un recours en réforme, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (art. 447 al. 1er CPP). Elle est cependant liée par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, inexistantes en l'espèce, qu'elle rectifie d'office, ou d'éventuels compléments qui ressortiraient des pièces du dossier (art. 447 al. 2 CPP; Bersier, op. cit., pp. 70 s.).

2. Invoquant une violation de l'art. 19 ch. 2 let. c LStup, le recourant conteste la circonstance aggravante du métier retenue à son encontre.

2.1 A titre préalable, il convient de préciser que selon la jurisprudence, si une des circonstances aggravantes prévues à l'art. 19 ch. 2 LStup est réalisée, le cadre légal de la peine est déplacé vers le haut et ne peut l'être davantage parce qu'il existe un autre motif justifiant la qualification de grave (ATF 120 IV 330, c. 1c/aa). Ainsi, lorsque le juge constate un motif pour lequel le cas doit être qualifié de grave, il ne doit pas rechercher s'il en existerait un autre, cette question étant sans pertinence (ATF 124 IV 286, c. 3). C'est seulement au moment de la fixation de la peine, dans le cadre extrêmement large, fixé par l'art. 19 ch. 1 dernière phrase LStup, que le juge doit tenir compte de toutes les circonstances qui lui paraissent importantes pour apprécier la gravité de la peine (TF 6B_823/2007 du 4 mars 2008, c. 2.3; ATF 120 IV 330, précité, c. 1c/aa; 112 IV 109, c. 2c).

2.2 A toutes fins utiles et dans l'optique de fixer adéquatement la quotité de la peine, la réalisation de la circonstance aggravante du métier sera examinée.

2.2.1 L'auteur agit par métier lorsqu'il résulte du temps et des moyens qu'il consacre à ses agissements délictueux, de la fréquence des

actes pendant une période déterminée, ainsi que des revenus envisagés ou obtenus, qu'il exerce son activité coupable à la manière d'une profession, même accessoire. Il faut que l'auteur aspire à obtenir des revenus relativement réguliers, représentant un apport notable au financement de son genre de vie, et qu'il se soit ainsi, d'une certaine façon, installé dans la délinquance (ATF 129 IV 253, c. 2.1; 123 IV 113, c. 2c et les arrêts cités). Toujours selon la jurisprudence, un chiffre d'affaires de 100'000 fr. ou davantage et un gain de 10'000 fr. ou plus doivent être qualifiés d'importants (TF 6B_171/2007 du 23 juillet 2007, c. 3.1 et les arrêts cités).

2.2.2 Les premiers juges ont estimé que le bénéfice du recourant était supérieur à 10'000 fr. par an en se fondant exclusivement sur le fait que ce dernier a résidé en Suisse sans travailler depuis 2002 et en vivant exclusivement de son trafic.

Ces considérations, non étayées dans la mesure où le chiffre d'affaires d'N. _____ ainsi que son bénéfice demeurent inconnus, ne sont pas pertinentes. Dans ces conditions, c'est à tort que le tribunal a retenu que la circonstance aggravante du métier était réalisée.

3. L'accusé estime que la peine prononcée par le tribunal est arbitrairement sévère. Il soutient n'avoir agi ni en bande ni par métier et n'être qu'un jeune africain déraciné qui a eu du mal à faire face à sa situation précaire.

3.1 Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir. La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures.

Le critère essentiel est celui de la faute. L'art. 47 CP n'énonce cependant pas de manière détaillée et exhaustive tous les éléments qui doivent être pris en considération, ni les conséquences exactes qu'il faut en tirer quant à la fixation de la peine. Cette disposition laisse donc au juge un large pouvoir d'appréciation, de sorte qu'un recours portant sur la quotité de la peine ne sera admis que si la sanction a été fixée en dehors du cadre légal, si elle est fondée sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, si les éléments d'appréciation prévus par cette disposition n'ont pas été pris en compte ou enfin si la peine apparaît exagérément sévère ou clémente au point que l'on doive parler d'un abus du pouvoir d'appréciation (art. 415 al. 3 CPP; arrêt du TF du 6 février 2008, 6B_710/2007, c. 3.2 et les réf. cit.).

Dans le domaine spécifique des infractions à la LStup, le Tribunal fédéral a, en outre, dégagé les principes suivants : même si la quantité de la drogue ne joue pas un rôle prépondérant, elle constitue sans conteste un élément important. Elle perd cependant de l'importance au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la limite à partir de laquelle le cas doit être considéré comme grave au sens de l'art. 19 ch. 2 let. a LStup. Il en va de même lorsque plusieurs des circonstances aggravantes prévues à l'art. 19 ch. 2 LStup sont réalisées. Le type de drogue et sa pureté doivent aussi être pris en considération. Si l'auteur sait que la drogue est particulièrement pure, sa culpabilité sera plus grande; en revanche, sa culpabilité sera moindre s'il sait que la drogue est diluée plus que normalement (ATF 122 IV 299, c. 2c; 121 IV 193, c. 2b/aa). Le type et la nature du trafic en cause sont aussi déterminants. L'appréciation est différente selon que l'auteur a agi de manière autonome ou comme membre d'une organisation. Dans ce dernier cas, il importera de déterminer la nature de sa participation et sa position au sein de l'organisation: un simple passeur sera ainsi moins coupable que celui qui joue un rôle décisif dans la mise sur pied des opérations et qui participe de manière importante au bénéfice illicite (ATF 121 IV 202, c. 2d/cc). L'étendue du trafic entrera également en considération. Un trafic purement local sera en règle générale considéré comme moins grave

qu'un trafic avec des ramifications internationales. Le délinquant qui traverse les frontières (qui sont surveillées) doit en effet déployer une énergie criminelle plus grande que celui qui transporte des drogues à l'intérieur du pays et qui limite son risque à une arrestation fortuite lors d'un contrôle; à cela s'ajoute que l'importation en Suisse de drogues a des répercussions plus graves que le seul transport à l'intérieur des frontières. Le nombre d'opérations constitue un indice supplémentaire permettant de mesurer l'intensité du comportement délictueux; celui qui écoule une fois un kilo d'héroïne sera en principe moins sévèrement puni que celui qui vend cent grammes à dix reprises. Outre les éléments qui portent sur l'acte lui-même, le juge doit prendre en considération la situation personnelle du délinquant, à savoir sa vulnérabilité face à la peine, ses obligations familiales, sa situation professionnelle, les risques de récidive, etc. Les mobiles, c'est-à-dire les raisons qui ont poussé l'auteur à agir, ont aussi une influence sur la détermination de la peine. Il conviendra ainsi de distinguer le cas de l'auteur qui est lui-même toxicomane et qui agit pour financer sa propre consommation de celui qui participe à un trafic uniquement poussé par l'appât du gain (ATF 122 IV 299, précité, c. 2b). Enfin, il faudra tenir compte des antécédents, qui comprennent aussi bien les condamnations antérieures que les circonstances de la vie passée, ainsi que du comportement du délinquant lors de la procédure. Le juge pourra atténuer la peine en raison de l'aveu ou de la bonne coopération de l'auteur de l'infraction avec les autorités policières ou judiciaires notamment si cette coopération a permis d'élucider des faits qui, à ce défaut, seraient restés obscurs (TF 6B_380/2008 du 4 août 2008, c. 6.1.2).

3.2 Puisque les conditions du métier posées par la jurisprudence ne sont - comme vu ci-dessus (c. 2.2.2) - pas réalisées, mais que cet élément a été pris en compte par le tribunal pour évaluer la faute du recourant dans le cadre de l'art. 47 CP, il appartient la cour de céans de fixer à nouveau la peine.

Au moment de fixer la peine, les premiers juges ont pris en considération la lourde culpabilité de l'accusé, ses antécédents, le concours d'infractions ainsi que la gravité et la durée de celles-ci. A

décharge, il a été retenu qu'N._____ est un jeune Africain déraciné qui s'est retrouvé en Suisse sans famille, sans attache et sans travail, cette situation précaire pouvant expliquer sa chute dans la délinquance. Dans ces conditions, la peine a été fixée sur la base de critères pertinents et le recourant n'invoque aucun élément, propre à modifier la peine, que la cour aurait omis ou pris en considération à tort.

En l'espèce, l'intéressé tombe déjà sous le cas grave en raison de la quantité de la drogue (art. 19 ch. 2 let. a Lstup) et encourt donc une peine privative de liberté d'un an au moins. Dès lors, le fait que la circonstance aggravante du métier ne soit plus retenue doit entraîner une réduction de la peine de six mois. Compte tenu des éléments mentionnés ci-dessus, la cour de céans considère qu'une peine privative de liberté de trente mois sanctionne adéquatement le prénommé.

4. Le recourant considère que le sursis, à tout le moins partiel, aurait dû lui être octroyé. Il fait notamment valoir qu'il est emprisonné depuis cinq mois et qu'il a eu tout le loisir de prendre conscience de ses actes et de réfléchir à sa situation.

4.1 Selon l'art. 43 CP, le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur (al. 1). La partie à exécuter ne peut excéder la moitié de la peine (al. 2). En cas de sursis partiel à l'exécution d'une peine privative de liberté, la partie suspendue, de même que la partie à exécuter, doivent être de six mois au moins. Les règles d'octroi à la libération conditionnelle (art. 86) ne lui sont pas applicables (al. 3).

Les conditions subjectives permettant l'octroi du sursis (art. 42 CP), à savoir les perspectives d'amendement, valent également pour le sursis partiel prévu à l'art. 43 CP dès lors que la référence au pronostic ressort implicitement du but et du sens de cette dernière disposition. Ainsi, lorsque le pronostic quant au comportement futur de l'auteur n'est

pas défavorable, la loi exige que l'exécution de la peine soit au moins partiellement suspendue. En revanche, un pronostic défavorable exclut également le sursis partiel. En effet, s'il n'existe aucune perspective que l'auteur puisse être influencé de quelque manière par un sursis complet ou partiel, la peine doit être entièrement exécutée (ATF 134 IV 1, c. 5.3.1).

En revanche, les conditions objectives des art. 42 et 43 CP ne se recoupent pas. Ainsi, les peines privatives de liberté jusqu'à une année ne peuvent être assorties du sursis partiel. Une peine de douze à vingt-quatre mois peut être assortie du sursis ou du sursis partiel. Le sursis total à l'exécution d'une peine privative de liberté est exclu, dès que celle-ci dépasse vingt-quatre mois. Jusqu'à trente-six mois, le sursis partiel peut cependant être octroyé (ATF 134 IV 1, précité, c. 5.3.2).

Dans le cas des peines privatives de liberté qui excèdent la limite fixée pour l'octroi du sursis (soit entre deux et trois ans), l'art. 43 CP s'applique de manière autonome. En effet exclu dans ces cas (art. 42 al. 1 CP), le sursis complet est alors remplacé par le sursis partiel pour autant que les conditions subjectives en soient remplies. Le but de la prévention spéciale trouve alors ses limites dans les exigences de la loi qui prévoit dans ces cas qu'une partie au moins de la peine doit être exécutée en raison de la gravité de la faute commise. C'est là que se trouve le champ d'application principal de l'art. 43 CP (ATF 134 IV 1, précité, c. 5.5.1).

Pour des peines privatives de liberté de cette importance, le sursis partiel ne doit pas être accordé au seul motif que le pronostic ne serait plus totalement défavorable compte tenu de l'effet d'avertissement constitué par l'exécution d'une partie de la peine comme c'est le cas pour des peines comprises entre un et deux ans (TF 6B_719/2007 du 4 mars 2008, c. 6.2.2.2). En effet, lorsque le juge prononce une peine privative de liberté de deux à trois ans, il ne pourra, comme on l'a vu ci-dessus, octroyer le sursis partiel à l'exécution que pour autant que le pronostic ne soit pas défavorable, et cela sans qu'il n'ait plus à prendre particulièrement en compte l'effet de l'exécution d'une partie de la peine (TF 6B 538/2007 du 2 juin 2008, c. 3.2.2).

4.2 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 juge doit motiver sa décision de manière suffisante (cf. art. 50 CP). Sa motivation doit permettre de vérifier s'il a tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés (ATF 134 IV 5, c. 4.2.1; 118 IV 97, c. 2b).

4.3 En l'occurrence, le sursis total au sens de l'art. 42 CP est exclu, la peine privative de liberté prononcée à l'encontre du recourant étant de trente mois.

Les premiers juges ont relevé que l'accusé, bien que condamné à trois reprises pour des délits similaires commis en 2002 et 2003, a poursuivi ses agissements délictueux durant plusieurs années, sous réserve d'un séjour de quelques mois à l'étranger.

Il est indéniable que les peines fermes prononcées contre lui en 2002 et 2003 ne semblent pas avoir suscité chez lui une prise de conscience de ses actes.

De plus, le recourant a minimisé la gravité de ses actes, sa culpabilité est lourde et son activité illicite s'est étendue sur une longue période.

Fondé sur ces éléments, le pronostic est défavorable et l'on ne voit pas qu'une exécution partielle de la peine suffise à détourner le recourant de la récidive. L'effet dissuasif qu'ont pu exercer les quelque cinq mois de détention préventive subis par N._____ ne suffisent pas à

contrebalancer l'ensemble des circonstances défavorables susmentionnées et le pronostic qu'il convient de poser quant au comportement futur du recourant ne peut être que négatif.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté.

IV. En définitive, le recours d'N._____ doit être partiellement admis et le jugement réformé dans le sens des considérants, les frais de seconde instance étant mis à la charge du recourant à raison d'un tiers, le solde étant laissé à la charge de l'Etat (art. 450 al. 2 CPP).

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant en audience publique,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé au chiffre II de son dispositif en ce sens que le tribunal :

II. Condamne N._____ pour infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants, infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et infraction à la loi fédérale sur les étrangers, à une peine privative de liberté de 30 (trente) mois, sous déduction de 160 (cent soixante) jours de détention avant jugement.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

- III. La détention subie depuis le jugement est déduite.

IV. Les frais de deuxième instance, par 2'080 fr. (deux mille huitante francs) sont mis à raison d'un tiers à la charge du recourant, soit 693 fr. 35 (six cent nonante-trois francs et trente-cinq centimes), le solde restant à la charge de l'Etat.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 15 septembre 2009

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué au recourant et aux autres intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Stefan Disch, avocat (pour N. _____),
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Département de l'intérieur, Office d'exécution des peines,
- M. le Surveillant-chef de la Prison de la Croisée,
- Service de la population, division asile (01.01.1983),
- Ministère public de la Confédération,
- Office fédéral des migrations,

- Mme la Présidente du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- M. le Juge d'instruction cantonal,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt 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).

Le greffier :