

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 7 mars 2011

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. Battistolo et Winzap
Greffier : M. Ritter

Art. 34, 44 al. 1, 47, 49 al. 1 et 2, 54 CP; 115 LEtr; 23 LSEE; 44 al. 1, 47 CO; 411 let. g et h, 415 CPP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par **S._____** contre le jugement rendu le 12 novembre 2010 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne dans la cause dirigée notamment contre le recourant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 12 novembre 2010, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a, notamment, constaté qu'S. _____ s'était rendu coupable de rixe, d'infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers (XII), l'a condamné à une peine privative de liberté de six mois et à une peine pécuniaire de trente jours-amende, le montant du jour-amende étant arrêté à 10 fr., et a dit que cette dernière peine est partiellement complémentaire à celle qui lui avait été infligée le 7 mars 2007 par la Préfecture de Lausanne (XIII), a suspendu l'exécution des peines prévues au ch. XIII ci-dessus et a fixé au condamné un délai d'épreuve de trois ans (XIV), a condamné S. _____ à une amende de 500 fr. et a dit qu'à défaut de paiement de l'amende, la peine privative de liberté de substitution sera de cinq jours (XV) et a statué sur les frais (XIX et XX).

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 :

1.1 L'accusé S. _____, né 1985, ressortissant de l'Equateur, a immigré en Suisse à l'âge de 16 ans avec sa famille. Depuis l'été 2003 à tout le moins, l'accusé n'a jamais été au bénéfice d'un permis de séjour, respectivement de travail. Dès l'âge de 18 ans, il a, sans non plus être titulaire d'un permis de travail, exercé des activités lucratives dans le domaine du nettoyage et, du 20 juillet 2006 au 4 février 2009, comme plongeur dans des restaurants. Il vit avec sa compagne et son fils né en 2006. Il est engagé dans une procédure de régularisation dans le cadre d'une pétition déposée en 2009. Il perçoit un salaire mensuel net de l'ordre de 1'500 fr. et sa compagne touche une rétribution de quelque 900

fr. par mois. Son loyer mensuel s'élève à 650 fr. et les primes d'assurance-maladie de la famille, de 80 fr. par mois, font l'objet d'un subside étatique.

Son casier judiciaire comporte une inscription, relative à une condamnation à une amende de 900 fr., avec délai d'épreuve d'un an, prononcée le 7 mars 2007 par la Préfecture de Lausanne pour délit contre la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers. Cette décision réprime des actes antérieurs au 19 septembre 2006.

1.2 A Lausanne, le 21 décembre 2007 vers 2 h 15, une altercation a éclaté dans une discothèque entre l'accusé et quatre autres individus, dont un nommé G._____. L'accusé est intervenu en faveur de l'un des participants et s'est battu avec un autre des protagonistes. La bagarre est rapidement devenue générale. Il a reçu à la tête une chaise jetée par G._____. Le choc lui a occasionné une plaie au front et une commotion cérébrale simple. La plaie a en outre nécessité plusieurs points de suture. L'accusé conserve une cicatrice sur le front. Il avait pris une part active dans la bagarre. S._____ a déposé plainte.

1.3 A l'audience, l'accusé S._____ a pris des conclusions civiles à hauteur de 3'000 fr., valeur échue, à l'encontre d'G._____, déféré conjointement, à titre de réparation du tort moral. Le dernier nommé s'en est remis à justice. G._____ a été condamné, notamment, pour des lésions corporelles simples au préjudice d'S._____ (ch. IX du dispositif). Le jugement est entré en force en ce qui le concerne.

2. Appréciant les faits de la cause, les premiers juges ont qualifié de rixe (au sens de l'art. 133 al. 1 CP) les faits survenus le 21 décembre 2007. Pour ce qui est des infractions à la législation sur les étrangers, le tribunal correctionnel a appliqué l'ancien droit, soit la LSEE, à la période comprise entre le 19 septembre 2006 et le 31 décembre 2007, et le nouveau droit, soit la LEtr, pour réprimer les infractions en la matière commises dès l'entrée en vigueur de la nouvelle, soit du 1^{er} janvier au 4 février 2009, cette date-ci étant celle de la dernière audition de l'accusé à ce sujet. En vertu du principe *ne bis in idem*, dont se prévalait du reste

l'accusé, et compte tenu du champ d'application temporel du prononcé préfectoral, le tribunal correctionnel n'a réprimé aucun acte antérieur au 19 septembre 2006 (jugement, p. 20). Sur un plan général, la nouvelle partie générale du Code pénal, tenue pour plus favorable à l'accusé, lui a été appliquée au titre de la *lex mitior* même pour ce qui est des infractions antérieures à son entrée en vigueur (jugement, p. 28).

3. Appréciant la culpabilité de l'accusé, le tribunal correctionnel a relevé qu'il n'était pas question de sous-estimer la dangerosité du comportement incriminé. Les considérants de droit applicables à d'autres participants à la rixe retiennent le critère de la dangerosité liée à la participation active à une bagarre au sein d'un établissement public fortement fréquenté, les mouvements de foule dans les endroits exigus étant estimés particulièrement dangereux. Toujours à charge, il a ajouté que l'intéressé séjournait en situation illégale en Suisse et n'entendait manifestement pas obtempérer aux décisions rendues à son encontre par les autorités administratives et judiciaires. En outre, les infractions ont été tenues pour perpétrées en concours et l'accusé a un antécédent. Aucun élément n'a été pris en compte à décharge, hormis les bons renseignements fournis aux débats par un ami de sa famille. La culpabilité a ainsi, en définitive, été tenue pour importante.

Quant à la fixation de la peine, le tribunal correctionnel a tenu compte du fait qu'il devait prononcer une peine partiellement complémentaire à celle prononcée le 7 mars 2007 (jugement, p. 31). Il a considéré qu'une peine privative de liberté de six mois constituait une sanction adéquate pour réprimer le comportement fautif de l'accusé, estimant que, là aussi, l'effet dissuasif d'une telle peine apparaissait indispensable compte tenu de la situation personnelle de l'intéressé et de son environnement social. Le tribunal correctionnel a au surplus, s'agissant des faits antérieurs au 1^{er} janvier 2008, estimé qu'une peine pécuniaire devait en outre être prononcée pour réprimer séparément l'infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, soit le séjour illicite en Suisse jusqu'au 31 décembre 2007. Le montant du jour-amende, arrêté à 10 fr., a été fixé pour tenir compte de la situation

personnelle et financière de l'accusé. Enfin, les conditions objectives et subjectives du sursis ont été tenues pour réalisées. Pour le reste, l'amende de 500 fr. réprime spécifiquement la contravention à la loi fédérale sur les étrangers, à savoir l'exercice d'activités lucratives sans permis de travail avant le 1^{er} janvier 2008.

Pour ce qui est des conclusions civiles de l'accusé, elles ont été rejetées par les considérants du jugement. Le tribunal correctionnel a certes admis que les lésions subies lors de la rixe avaient indéniablement induit des douleurs tant physiques que morales qui justifieraient l'allocation d'une indemnité dans son principe. Toutefois, les premiers juges ont considéré qu'il avait été établi que cet accusé avait pris une part active dans la rixe en se battant au même titre que les autres protagonistes de cette affaire. Il devait par conséquent, toujours de l'avis de la cour, se voir opposer son propre comportement et les risques qui lui étaient liés. A cet égard, les premiers juges ont retenu qu'il avait provoqué de manière concrète l'événement dommageable dont il avait été victime (jugement, p. 32).

C. En temps utile, S._____ a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant principalement à la réforme du jugement en ce sens que le recourant est condamné à une peine pécuniaire dont la quotité est laissée à l'appréciation de la Cour de cassation pénale, mais qui ne dépasse pas 20 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. et cette dernière peine étant partiellement complémentaire à celle qui avait été infligée le 7 mars 2007 par la Préfecture de Lausanne, d'abord, que l'exécution de la peine est suspendue et qu'un délai d'épreuve de deux ans soit imparti au recourant, ensuite, et qu'G._____ est le débiteur du recourant et lui doit immédiat paiement d'un montant de 3'000 fr. à titre de tort moral, enfin. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation du jugement.

L'intimé G. _____ a conclu au rejet de la conclusion en réforme du recours dirigée contre lui.

En droit :

1. Il y a lieu de statuer d'abord sur les conclusions subsidiaires en nullité du recours, dont l'admission serait de nature à priver d'objet ses conclusions principales en réforme.

2. Faisant grief au tribunal correctionnel d'avoir violé l'art. 372 CPP et se prévalant de l'art. 411 let. g CPP, le recourant reproche d'abord aux premiers juges d'avoir omis de statuer sur le rejet de ses conclusions civiles dans le dispositif du jugement, alors même que ce point est mentionné dans les considérants sans motif ouvrant la voie au moyen de nullité invoqué. Il s'agit ainsi d'une omission manifeste qui ne fonde pas un motif de nullité, faute d'être de nature à influencer sur la décision attaquée. Le dispositif du jugement doit être complété d'office par un chiffre portant sur les conclusions civiles, dont le sort - qui relève du droit matériel - sera examiné sous l'angle de la réforme.

3. Se prévalant de l'art. 411 let. h CPP, le recourant reproche ensuite au tribunal correctionnel un défaut de motivation dans la mesure où le jugement retient que l'effet dissuasif d'une peine privative de liberté apparaissait indispensable compte tenu de sa situation personnelle et de son environnement social. La situation personnelle du recourant et son environnement social sont décrits à satisfaction dans le jugement, ainsi que sa situation familiale. L'état de fait du jugement comporte dès lors tous les éléments nécessaires pour statuer sur le genre de la peine. Cela étant, l'appréciation de ces critères en droit matériel relève de la réforme et sera examinée au titre des conclusions principales du recours.

4. Le recourant croit enfin déceler une contradiction au sens de l'art. 411 let. h CPP dans le fait que, d'une part, sa situation personnelle

est retenue comme un élément négatif, donc en faveur d'une peine privative de liberté, alors même qu'elle est ensuite prise en compte en faveur du sursis. En outre, le jugement serait contradictoire dans la mesure où il s'écarte des bons renseignements fournis aux débats par un ami de la famille du recourant. Rien n'autorise pourtant à penser que la situation personnelle du recourant a été considérée comme un élément négatif pour déterminer le genre de la peine. Aussi bien, si le choix de la peine est une chose, le pronostic en est une autre. Or, le pronostic a été considéré comme n'étant pas défavorable, à telle enseigne que la peine privative de liberté et la peine pécuniaire ont été assorties du sursis. C'est dire que la situation personnelle du recourant a été retenue en sa faveur. Pour le reste, l'appréciation des critères déterminants pour le choix de la peine relève du droit matériel et, partant, de la réforme. Elle sera donc examinée dans ce cadre.

Le recours en nullité doit ainsi être rejeté.

5. Sous l'angle de la réforme, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (cf. l'art. 447 al. 1 CPP). La cour de cassation ne peut cependant aller au-delà des conclusions du recourant; elle est liée en outre par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, qu'elle rectifie d'office (art. 447 al. 2, 1^{ère} et 2^e phrases, CPP), ou d'éventuels compléments qui ressortiraient des pièces du dossier (JT 1989 III 105). Il a été vu, sous l'angle de la nullité, que de telles inadvertances ne sont pas données en l'espèce, pas plus que l'état de fait n'a à être complété.

6.1 Le premier moyen de réforme du recours est déduit du principe *ne bis in idem*. Le recourant fait valoir que rien ne permet de considérer que la condamnation prononcée par l'autorité préfectorale ne visait qu'une période antérieure au 19 septembre 2006. Le prononcé datant du 7 mars 2007, cette condamnation réprimerait en réalité, selon le recourant, le séjour illégal jusqu'à cette dernière date. Le recourant considère ainsi avoir été condamné deux fois pour la période allant du 19

septembre 2006 au 7 mars 2007, dès lors que le jugement entrepris retient qu'il avait séjourné et travaillé illégalement en Suisse dès le 19 septembre 2006. Il se prévaut de deux arrêts fédéraux publiés (ATF 118 IV 269, JT 1995 IV 18 et ATF 135 IV 6, JT 2010 IV 61).

6.2 Il doit, à cet égard, être précisé liminairement que cette première condamnation a été prononcée exclusivement en application de l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 (cf. LEtr, Abrogation et modification du droit en vigueur, ch. I; cf. aussi l'art. 128 al. 2 LEtr et l'arrêté du Conseil fédéral du 24 octobre 2007 fixant la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle). L'ancienne loi (cf. l'art. 23 al. 1 LSEE) ne réprimait pas séparément le travail sans autorisation (CCASS, 20 avril 2009, n° 148, c. 2d).

Le premier des arrêts dont se prévaut le recourant a été rendu en application de l'ancienne législation sur le service de protection civile. Il statue que, lorsqu'une première peine a été prononcée pour réprimer un refus total d'accomplir tout service de protection civile et par conséquent aussi des désobéissances futures, une nouvelle condamnation et une nouvelle peine pour refus de donner suite à une convocation violent alors le principe *ne bis in idem* (ATF 118 IV 269, précité, spéc. c. 4b et 5). Cet arrêt n'est pas transposable à la présente affaire. En effet, l'ancienne législation en matière de protection civile (art. 84 ch. 1 al. 3 let. a et ch. 2 LPCI, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003 [art. 77 al. 2 LPPCi et arrêté du Conseil fédéral du 30 octobre 2003 sur cet objet]) réprime tout refus ultérieur de service. Or, le droit des étrangers, s'agissant tant de la LSEE que de la LEtr, ne comporte aucune disposition générale réprimant tout refus ultérieur de quitter la Suisse. Toute analogie en la matière s'avère dès lors vaine.

Le recourant sollicite également le second arrêt publié dont il se prévaut. En effet, il s'agit d'une confirmation de jurisprudence selon laquelle le principe *ne bis in idem* ne s'oppose pas à une nouvelle condamnation à raison de faits non couverts par le premier jugement (ATF

135 IV 6, précité, c. 3), ce qui est précisément l'objet du jugement ici entrepris.

c) Cela étant, il reste à déterminer si le prononcé préfectoral du 7 mars 2007 couvre uniquement la période de séjour illégal antérieure au 19 septembre 2006. Tel est bien le cas (pièce 46/1). Il s'ensuit que la condamnation préfectorale ne réprimait *pas* les actes perpétrés en violation du droit des étrangers entre le 19 septembre 2006 et le 7 mars 2007. S'agissant d'un séjour illicite continu, ces actes n'avaient ainsi alors pas fait l'objet d'une décision. C'est donc à tort que le recourant soutient qu'il doit être mis au bénéfice du principe *ne bis in idem*. Cela étant, sous l'angle du choix de la peine, les premiers juges ont tenu compte du fait que la peine infligée était partiellement complémentaire à celle prononcée par l'autorité préfectorale, si bien qu'il a été tenu compte de cette première sanction conformément à l'art. 49 al. 2 CP.

7. Le deuxième moyen de réforme du recours est déduit d'une fausse application de l'art. 47 CP. Soutenant que la peine privative de liberté qui lui a été infligée est arbitrairement sévère (ch. 41 du recours), le recourant reproche aux premiers juges d'avoir accordé un poids excessif à un critère d'ordre général, voire relevant d'un risque hypothétique, à savoir la dangerosité des bagarres en discothèque.

7.1a) Selon l'art. 47 al. 1 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. Selon l'al. 2 de cette disposition, 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.

b) L'art. 47 CP confère au juge un large pouvoir d'appréciation, de sorte que la Cour de cassation, qui ne fonctionne pas comme une

juridiction d'appel, n'admettra un recours en réforme sur la quotité de la peine 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 des éléments d'appréciation prévus par cette disposition n'ont pas été pris en compte ou enfin si la sanction apparaît exagérément sévère ou clémente au point que l'on doit parler d'un abus du pouvoir d'appréciation (art. 415 al. 3 CPP; Bovay et alii, op. cit., n. 1.4 ad art. 415 CPP; ATF 127 IV 101, c. 2c; ATF 122 IV 156, c. 3b; ATF 116 IV 288, c. 2b).

L'art. 47 al. 1 CP reprend les critères des antécédents et de la situation personnelle consacrés par l'art. 63 aCP, tout en leur ajoutant la nécessité de prendre en considération l'effet de la peine sur l'avenir du condamné. S'agissant de ce dernier élément, le Message précise que le juge n'est pas contraint d'infliger la peine correspondant à la culpabilité de l'auteur s'il y a lieu de prévoir qu'une peine plus clémente suffira à le détourner de commettre d'autres infractions (FF 1999 II 1866). Cet aspect de prévention spéciale ne permet toutefois que des corrections marginales. Il ne saurait l'emporter sur l'appréciation de la culpabilité du délinquant, l'effet de la peine devant toujours rester proportionné à la faute. L'art. 47 al. 2 CP codifie la jurisprudence rendue en vertu de l'art. 63 aCP (cf. not. ATF 129 IV 6, c. 6.1; ATF 127 IV 101, c. 2a; ATF 118 IV 21, c. 2b; cf. aussi notamment TF 6B_207/2007 du 6 septembre 2007).

7.2 En l'espèce, les premiers juges ont apprécié la gravité de la faute du recourant en renvoyant aux critères généraux appliqués aux autres accusés avant l'examen de sa culpabilité, comme cela ressort de l'introduction "Comme pour les autres accusés, (...)". Une bagarre généralisée dans une discothèque en période d'affluence nocturne n'a rien d'anodin au regard des risques créés. Partant, c'est à bon droit que le tribunal correctionnel a retenu, comme pour les autres participants à la rixe, que le comportement incriminé était dangereux et illustre une culpabilité importante. Qui plus est, le recourant persiste, en dépit d'années de séjour illicite, à ne pas vouloir quitter la Suisse. La pétition déposée en sa faveur et en faveur d'individus en situation analogue n'y change rien. C'est également à bon droit que le tribunal correctionnel a

exclu comme élément à décharge le fait que le recourant travaillait. En effet, toute activité lucrative lui est interdite du fait de son séjour illicite et son exercice constitue un délit en vertu de la législation pénale spéciale (art. 115 al. 1 let. b et c LEtr), étant précisé que l'art. 23 al. 1 et 6 LSEE (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007) ne réprime pas *spécifiquement* l'activité lucrative exercée en Suisse sans autorisation par un étranger, mais se limite à la sanctionner du même pas que le séjour illicite en Suisse dont elle procède (cf. CCASS, 20 avril 2009, n° 148, précité, *ibid.*).

Au surplus, le tribunal n'a pas tenu compte d'éléments étrangers à l'art. 47 CP. Les éléments retenus, à charge et à décharge, sont ainsi pertinents. Au surplus, aucun élément déterminant au regard de l'art. 47 CP n'a été omis, respectivement ne s'est vu conférer une portée excessive ou insuffisante. La peine prononcée se situe dans le cadre légal, étant précisé, s'agissant de la principale infraction ici en cause, que l'art. 133 al. 1 CP réprime d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire la participation à une rixe ayant entraîné la mort d'une personne ou une lésion corporelle. Compte tenu des autres circonstances mentionnées par les premiers juges, à savoir notamment le concours d'infractions et le mépris de l'ordre juridique affiché par le recourant, la quotité de la peine privative de liberté n'est pas arbitrairement sévère.

8. Le troisième moyen de nullité du recours est déduit de l'art. 54 CP, dont le plaideur demande l'application à son bénéfice. Il soutient, s'agissant de la rixe, avoir été victime de sa propre infraction.

8.1 Hormis le titre marginal "*atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte*", qui est nouveau, la teneur de l'art. 54 CP correspond à celle de l'art. 66^{bis} al. 1 aCP. Partant, la jurisprudence rendue en application de l'ancien droit reste applicable à l'aune du nouveau (cf. Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, 3^e éd., Lausanne 2007, n. 1.1 ad art. 54 CP; Roth/Moreillon [éd.], Commentaire romand, Bâle 2009, n. 8 ad art. 54 CP).

Aux termes de l'art. 54 CP, si l'auteur a été directement atteint par les conséquences de son acte au point qu'une peine serait inappropriée, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine.

Cette disposition est violée si elle n'est pas appliquée dans un cas où une faute légère a entraîné des conséquences directes très lourdes pour l'auteur ou, à l'inverse, si elle est appliquée dans un cas où une faute grave n'a entraîné que des conséquences légères pour l'auteur. Entre ces cas extrêmes, pour toute la variété des situations intermédiaires, le juge de répression doit prendre sa décision en analysant les circonstances concrètes du cas d'espèce et il dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 117 IV 245, c. 2a; 119 IV 280, c. 1a; 121 IV 162, c. 2d).

Dans certains cas, il peut arriver qu'une exemption totale n'entre pas en considération, mais que l'importance de l'atteinte directe subie par l'auteur justifie une diminution de la quotité de la peine. Dans ces cas, l'art. 54 CP (art. 66^{bis} aCP) prévoit aussi une atténuation de la sanction selon le pouvoir d'appréciation du juge (ATF 119 IV 280, c. 1b; 121 IV 162, c. 2d). Toutefois, la disposition précitée, si elle n'est certes pas conçue comme une règle d'exception, ne doit cependant pas faire partie du quotidien des tribunaux, ni être interprétée extensivement (ATF 119 IV 280, c. 1b; Roth/Moreillon [éd.], op. cit., n. 3 ad art. 54; cf. aussi, sur tous ces points, CCASS, 14 novembre 2008, n° 452).

8.2 En l'espèce, il n'apparaît pas que les blessures infligées au recourant dans le cours de la rixe aient été si extraordinaires par leur nature, leur ampleur ou leurs conséquences qu'une peine apparaisse inappropriée. Il s'agissant en effet de lésions corporelles simples, n'ayant occasionné qu'un dommage très limité, puisque confiné à une cicatrice sur le front. Bien plutôt, la participation du recourant à la bagarre était intentionnelle et c'est, comme déjà relevé, sans arbitraire aucun que les premiers juges ont retenu que la culpabilité de l'intéressé était importante. Le recourant ne peut dès lors se prévaloir de l'art. 54 CP.

9. Le recourant critique ensuite le genre de la peine. Il conclut au prononcé d'une peine pécuniaire en lieu et place de la peine privative de liberté.

9.1 A titre de sanctions, la nouvelle partie générale du Code pénal fait respectivement 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, de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté (art. 40 CP) la règle pour la criminalité moyenne (cf. ATF 134 IV 82, c. 4.1; TF 6B_541/2007 du 13 mai 2008).

Dans cette conception, 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. 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, ou celle qui le touche le moins durement (ATF 134 IV 82, c. 4.1; Message concernant la modification du Code pénal suisse [dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal] et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787 ss, spéc. 1849, p. 2043). 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 cœur de la révision de la partie générale du Code pénal en matière de sanction, d'éviter les courtes peines de prison ou d'arrêts, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, et de leur substituer d'autres sanctions (TF 6B_541/2007 du 13 mai 2008; ATF 134 IV 60, c. 4.3; Message 1998, p. 1791, 1822 s., 1834 et 1837; cf. aussi p. 1845 s).

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 (TF

6B_28/2008 du 10 avril 2008, c. 4.1). Les peines privatives de liberté ne doivent ainsi être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique (ATF 134 IV 82, précité, c. 4.1). Le juge doit en principe éviter les courtes peines de prison ou d'arrêts, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, pour leur substituer d'autres sanctions (TF 6B_541/2007 du 13 mai 2008, précité; ATF 134 IV 60, c. 4.3).

9.2 Dans le cas particulier, on ne peut déduire du seul fait qu'une expulsion ou un renvoi apparaît présumable que la peine pécuniaire ne pourra pas être exécutée. Le Tribunal fédéral a en effet statué qu'une peine pécuniaire pouvait être prononcée même à l'encontre d'un recourant qui faisait l'objet d'une décision de renvoi passée en force (TF 6B_819/2008 du 26 décembre 2008); à plus forte raison en va-t-il de même lorsqu'une telle décision n'a pas encore été rendue (CCASS, du 6 juillet 2009, n° 284, c. 3e).

Une peine pécuniaire, prévue par l'art. 133 al. 1 CP, ne saurait donc être exclue a priori. Il reste à déterminer si elle peut, seule, satisfaire à l'exigence de la prévention spéciale. A cet égard, si une peine privative de liberté est certes possible, il n'en reste pas moins qu'aucune circonstance ne justifie que l'on déroge à la règle selon laquelle une peine pécuniaire suffit à réprimer la petite délinquance, à laquelle se rattachent les infractions ici en cause. Le recourant n'a pas d'antécédent portant sur des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle ou contre le patrimoine. La motivation des premiers juges à l'appui de la peine privative de liberté se rapportant à sa situation personnelle et à son environnement social n'est pas déterminante. La dangerosité du recourant n'est donc pas telle que seule une peine privative de liberté soit à même d'exercer l'effet dissuasif nécessaire.

A cela s'ajoute que, comme en ont statué les premiers juges, l'un des chefs d'accusation retenus, à savoir l'infraction à la LSEE, exclut le prononcé d'une peine privative de liberté. En effet, faute d'une base légale explicite, l'art. 23 al. 1 LSEE, dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier au 31 décembre 2007, applicable au titre de la *lex mitior* en cas d'infraction

continue ayant débuté avant le 1^{er} janvier 2007 (cf. ATF 134 IV 60, c. 8.4, p. 81, confirmé par TF 6B_819/2008 précité), ne permettait pas de prononcer une condamnation à une peine privative de liberté, mais uniquement à une peine pécuniaire, d'une quotité de 180 jours au plus.

Le prononcé d'une peine privative de liberté viole ainsi le droit fédéral. Ce moyen doit donc être admis.

9.3 Les infractions étant en concours, il appartient à la cour de céans de prononcer une peine d'ensemble (art. 49 al. 1 CP) pour réprimer les infractions ici en cause, étant précisé que l'amende réprimant spécifiquement l'exercice d'activités lucratives en Suisse sans autorisation avant le 1^{er} janvier 2008 doit par principe être abandonnée au profit de cette nouvelle peine (cf. c 7.2 ci-dessus). Le caractère partiellement complémentaire de la nouvelle peine par rapport au prononcé préfectoral (art. 49 al. 2 CP) est au surplus incontesté.

La peine privative de liberté prononcée équivaut à 180 jours-amende. Il y a lieu de considérer que la peine n'aurait pas été inférieure si le recourant n'avait commis aucune infraction à la LSEE, soit si son séjour illicite en Suisse n'avait pas débuté avant le 1^{er} janvier 2008 déjà. De même, à défaut de punissabilité *spécifique* de l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation de séjour sous l'empire de la LSEE, la situation n'aurait pas été différente si le recourant s'était limité à séjourner illicitement en Suisse avant le 1^{er} janvier 2008 sans travailler. Du reste, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier au 31 décembre 2007, la plus favorable au recourant, la LSEE, prévoyait exclusivement une peine maximale de 180 jours, contre une peine de 180 jours pouvant être combinée avec une amende pour la teneur de la loi en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006. Il y a donc lieu de faire abstraction tant de la quotité de la peine pécuniaire que de l'amende, ces sanctions réprimant l'une et l'autre spécifiquement des infractions à la LSEE. Partant, la quotité globale de la peine pécuniaire doit être arrêtée à celle de la peine privative de liberté, soit à 180 jours.

9.4 La quotité du jour-amende doit aussi être vérifiée d'office. Il est constant que les revenus du recourant, énoncés à satisfaction par le jugement, sont des plus modiques, ce dont il y a lieu de tenir compte à l'aune de l'art. 34 al. 2 CP. Le montant du jour-amende ne saurait toutefois être réduit au point de ne plus avoir qu'une valeur symbolique (cf. TF 6B_217/2007 du 14 avril 2008, c. 2.1.5 et références citées; BJP 2007 n°190; CCASS, 18 juin 2007, n° 150; CCASS, 23 août 2010, n° 312). Tel n'est plus le cas lorsque le montant du jour-amende atteint la somme de 10 fr., en ce qui concerne les auteurs les plus démunis (ATF 135 IV 180, précité, c. 1.4.2, précisant la jurisprudence publiée aux ATF 134 IV 60, c. 6.5.2 p. 72). La quotité de 10 fr. retenue par les premiers juges, applicable aux faibles revenus, doit ainsi être confirmée.

10. Le recourant critique ensuite la durée du délai d'épreuve, qu'il voudrait voir ramenée à deux ans.

10.1 Aux termes de l'art. 44 al. 1 CP, si le juge suspend totalement ou partiellement l'exécution d'une peine, il impartit au condamné un délai d'épreuve de deux à cinq ans. La durée du délai d'épreuve ne saurait être fixée uniquement d'après la durée de la peine ou la gravité de l'infraction. Bien plus, le critère déterminant est le risque de récidive, qui se détermine d'après le caractère du condamné (Favre/Pellet/Stoudmann, op. cit., n. 1.2 ad art. 44 CP; Roth/Moreillon [éd.], op. cit., n. 7 ad art. 44 CP).

Dans la mesure où la décision est fondée sur tous les éléments pertinents pour le pronostic futur, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 128 IV 193; ATF 118 IV 97, JT 1992 I 783, c. 2a; ATF 116 IV 279, c. 2a). La Cour de cassation n'intervient que si le premier juge n'a pas motivé sa décision, l'a fondée sur des arguments juridiques critiquables ou sur un raisonnement manifestement insoutenable, ou encore s'il a outrepassé son pouvoir d'appréciation (JT 1991 III 19, c. 7, p. 25).

10.2 En l'espèce, le recourant a un antécédent et persiste, depuis des années, à faire fi de l'ordre juridique. Sa situation socio-professionnelle

est en outre précaire. Il est donc particulièrement exposé à la récidive. Les premiers juges n'ont dès lors pas outrepassé leur large pouvoir d'appréciation en lui impartissant un délai d'épreuve de trois ans.

11. Le recourant conclut enfin à la réforme du jugement en ce sens que ses conclusions civiles à l'encontre de l'intimé G. _____ lui soient allouées à hauteur de 3'000 fr. en capital au titre de réparation du tort moral.

11.1 Aux termes de l'art. 47 CO, le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles une indemnité équitable à titre de réparation morale. L'art. 47 CO définit un cas particulier de l'action générale en réparation du tort moral prévue par l'art. 49 CO. Les facteurs de réduction prévus à l'art. 44 al. 1 CO doivent être pris en considération.

11.2 En l'espèce, le recourant est à l'origine de son dommage, dès lors qu'il a participé de manière active à la rixe pour s'être battu avec un autre des protagonistes avant même d'avoir reçu à la tête la chaise lancée par l'intimé. Il lui aurait été loisible d'échapper à l'échauffourée en quittant les lieux. Il a ainsi consenti au risque. Sa faute concomitante doit dès lors être qualifiée de lourde. Toute indemnité pour tort moral en sa faveur doit donc être exclue en application de l'art. 44 al. 1 CO (cf. ATF 128 II 49, c. 4.2). L'examen de l'étendue du préjudice subi est dès lors sans objet.

12. En conclusion, le recours doit être admis dans la mesure ci-dessus et le jugement réformé en ce sens que le recourant est condamné à une peine de 180 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr., cette peine étant partiellement complémentaire à celle qui lui a été infligée le 7 mars 2007 par la Préfecture de Lausanne. Le dispositif du jugement est au surplus complété en ce sens que les conclusions civiles du recourant sont rejetées. Le jugement est confirmé pour le surplus.

Vu l'issue du recours, les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant, par 1'360 fr. 80,

TVA comprise, et celle allouée au conseil d'office de l'intimé, par 400 fr., sont mis par moitié à la charge du recourant, le solde restant à la charge de l'Etat. Le remboursement à l'Etat, par le recourant, de l'indemnité due à son défenseur d'office sera exigible de lui pour autant que sa situation économique se soit améliorée (ATF 135 I 91, c. 2.4, spéc. 2.4.3).

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant en audience publique,
prononce :

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé aux chiffres XIII à XV de son dispositif en ce sens que le tribunal :

XIII. Condamne S._____ à une peine de 180 (cent huitante) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. (dix francs) et dit que cette peine est partiellement complémentaire à celle qui lui a été infligée le 7 mars 2007 par la Préfecture de Lausanne.

XIV. Suspend l'exécution de la peine prévue au chiffre XIII ci-dessus et fixe au condamné un délai d'épreuve de 3 (trois) ans.

XV. Rejette les conclusions civiles d'S._____.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

- III. Les frais de deuxième instance, par 3'970 fr. 80 (trois mille neuf cent septante francs et huitante centimes), y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant, par 1'360 fr. 80 (mille trois cent soixante francs et huitante centimes), et celle allouée au conseil d'office de l'intimé

G._____, par 400 fr. (quatre cents), sont mis par moitié, soit à hauteur de 1'985 fr. 40 (mille neuf cent huitante cinq francs et quarante centimes), à la charge d'S._____, le solde restant à la charge de l'Etat.

IV. Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au chiffre III ci-dessus au défenseur d'office du recourant sera exigible pour autant que la situation économique d'S._____ se soit améliorée.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 8 mars 2011

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 Charlotte Iselin, avocate (pour S._____),
- Me Franck Ammann, avocat (pour [...]),
- Me Fabien Mingard, avocat (pour [...]),

- Me Rafael Corte, avocat-stagiaire (pour [...]),
- Me Yann Oppliger, avocat-stagiaire (pour G. _____),
- M. [...],
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Service de la population, secteur étrangers (09.11.1985),
- Service de la population, division asile (09.11.1985),
- Office fédéral des migrations,
- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne,
- 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 :