

**COUR DE CASSATION PENALE**

---

---

Séance du 1er juillet 2009

---

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

\*\*\*\*\*

**Art. 126 al. 4 LEtr; 42 al. 2, 47 CP**

La Cour de cassation pénale prend séance à huis clos pour statuer sur le recours interjeté par **S.**\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 28 mai 2009 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause dirigée contre lui.

Elle considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 28 mai 2009, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois a, notamment, libéré S.\_\_\_\_\_ de l'accusation d'infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants (ci-après : LStup) (I), l'a condamné pour infraction et contravention à la LStup et pour infraction à la loi fédérale sur les étrangers à une peine privative de liberté d'un an, sous déduction de cent quarante-huit jours de détention préventive (II); a révoqué le sursis accordé le 8 novembre 2007 par le Juge d'instruction itinérant et ordonné l'exécution de la peine pécuniaire de cent huitante jours-amende à 30 fr. (III).

**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.** Ressortissant guinéen né le 15 septembre 1987, S.\_\_\_\_\_ est arrivé en Suisse en avril 2004, via l'Italie, et a déposé une demande d'asile. Durant deux ans, il a été placé dans divers centres avant de recevoir une décision de non entrée en matière en novembre 2006. Depuis lors, il a vécu de gauche et de droite, profitant de la générosité de ses amis et sans doute de son trafic. Célibataire, l'accusé n'a personne à charge et n'exerce pas d'activité lucrative.

Son casier judiciaire mentionne une condamnation du 8 novembre 2007 par le Juge d'instruction itinérant, pour délit et contravention LStup et séjour illégal, à 180 jours-amende à fr. 30 fr., avec sursis durant deux ans, sous déduction de 29 jours de détention préventive.

**2.** S.\_\_\_\_\_ a déposé une demande d'asile en Suisse le 28 avril 2004. Une décision de non entrée en matière, prononcée en deuxième instance le 24 juillet 2004, lui a été notifiée le 20 novembre 2006. L'accusé a été considéré comme disparu par les autorités administratives à partir

du 1<sup>er</sup> juillet 2007. En octobre et novembre de la même année, il a subi 29 jours de détention préventive. Après sa relaxe le 8 novembre 2007, il n'a jamais rien entrepris pour quitter la Suisse.

**3.** De fin avril à fin décembre 2008, S.\_\_\_\_\_ a acquis mensuellement deux à trois fingers de cocaïne, soit dix à quinze grammes pour 300 fr. les cinq grammes. Il a confectionné un nombre inconnu de boulettes qu'il a vendues 100 fr. l'unité dans la région lausannoise. L'enquête n'a pas permis d'établir son chiffre d'affaires.

Le 2 janvier 2009, S.\_\_\_\_\_ a été interpellé à la rue de Lausanne à Renens alors qu'il venait d'être pris en charge par un tiers. Trois boulettes de cocaïne ont été découvertes sous le siège du passager avant occupé par l'accusé. Une fouille plus approfondie du véhicule a permis la découverte d'une quatrième boulette. L'accusé a admis qu'il était le détenteur de la cocaïne.

Le tribunal, retenant les quantités qui étaient les plus favorables à S.\_\_\_\_\_, a considéré que celui-ci avait acquis en huit mois 80 grammes de cocaïne. Au bénéfice du doute, il a admis que l'accusé en avait consommé la moitié, la vente du solde devant lui permettre de réunir les fonds pour sa prochaine acquisition. C'est ainsi 40 grammes de cocaïne que l'accusé a contribué à mettre sur le marché. Admettant que le taux de pureté moyen de la cocaïne en Suisse en 2008 était de l'ordre de 40 %, le tribunal a retenu que S.\_\_\_\_\_ avait vendu une quantité de 16 grammes de cocaïne pure, en deçà du seuil définissant le cas grave.

**4.** Le tribunal a considéré que la culpabilité de S.\_\_\_\_\_ était lourde. Alors que ce dernier savait qu'il devait quitter la Suisse, il n'a rien entrepris pour ce faire, quoique ne disposant d'aucune ressource hormis celle provenant du trafic de stupéfiants. Il a continué à se livrer à son négoce malgré une précédente condamnation assortie du sursis. Aux yeux des premiers juges, un tel comportement dénotait un mépris total pour les décisions administratives ou judiciaires et devait être sévèrement réprimé. Ils ont considéré que seule une peine privative de liberté était à même de

sanctionner le comportement répréhensible de l'accusé. Pour en fixer la quotité, ils ont retenu le concours d'infractions et les antécédents pénaux, récidive spéciale commise en matière de stupéfiants et de séjour illicite. A décharge, ils n'ont pu retenir que l'admission de l'essentiel des faits, les regrets exprimés en audience apparaissant de circonstance. Tout bien considéré, une peine privative de liberté d'un an leur est apparu adéquate.

Compte tenu de la situation financière obérée de l'accusé, le tribunal a renoncé à prononcer une amende.

Selon le jugement attaqué, une précédente condamnation à une peine relativement sévère assortie du sursis n'a pas eu le moindre effet dissuasif. Aussitôt condamné, l'accusé a persisté à adopter une conduite contraire à la loi. Estimant que tout indiquait qu'un nouveau sursis serait accueilli avec un même mépris, le tribunal a formulé un pronostic défavorable et refusé l'octroi du sursis.

L'accusé ayant trahi la confiance mise en lui par le Juge d'instruction itinérant, les premiers juges ont considéré qu'il s'agissait d'un cas grave qui ne pouvait conduire qu'à la révocation du sursis accordé par le magistrat précité et l'exécution de la peine pécuniaire prévue.

**C.** En temps utile, S.\_\_\_\_\_ a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant à sa réforme en ce sens qu'il est condamné à une peine pécuniaire d'une durée inférieure à un an, le montant du jour-amende étant fixé à un franc, dite peine étant assortie du sursis, et que le montant du jour-amende de la peine pécuniaire dont le sursis a été révoqué est réduit à un franc.

**En droit :**

**1.** Le recours, déposé en temps utile, est recevable. Il est en réforme uniquement.

En pareil cas, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (art. 447 al. 1<sup>er</sup> 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, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, in JT 1996 III 66 ss, spéc. pp. 70 s.).

**2. a)** Le recourant fait valoir une violation du principe *ne bis in idem* en ce sens qu'il a déjà été sanctionné pour séjour illégal par une précédente ordonnance de condamnation et ce pour un séjour en Suisse compris entre le 24 juillet 2004 et le 8 novembre 2007.

**b)** Le principe *ne bis in idem* interdit qu'une personne soit poursuivie pénalement - et donc sanctionnée - deux fois à raison des mêmes faits (cf. Favre, Pellet, Stoudmann, Code pénal annoté, 3<sup>ème</sup> éd., Lausanne 2007, n. 1.18 ss ad art. 1<sup>er</sup> CP, pp. 17 ss).

En l'espèce, la page de garde du jugement mentionne que les infractions retenues à l'encontre du recourant ont été réalisées du 24 juillet 2007 au 2 janvier 2009. Cette mention n'est toutefois pas déterminante: il convient de se référer aux motifs eux-mêmes. A cet égard, bien que cela ne soit pas explicite, on comprend que le juge a sanctionné le fait que le recourant n'a jamais rien entrepris pour quitter la Suisse depuis sa libération, soit le 8 novembre 2007. Ce n'est donc pas pour la période du 24 juillet 2004 au 8 novembre 2007 qu'il a été condamné, mais pour la période postérieure. Le principe *ne bis in idem* n'a ainsi pas été violé.

**c)** La LEtr (Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005; RS 142.20) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Ses

dispositions pénales s'appliquent aux infractions commises avant son entrée en vigueur seulement lorsqu'elles sont plus favorables à leur auteur (art. 126 al. 4 LEtr). En matière de séjour illégal, la LSEE, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, était plus favorable que la LEtr (TF, arrêt 6B\_819/2008 du 26 décembre 2008 c. 2.1).

Ainsi, les premiers juges ne pouvaient pas retenir une infraction à la LEtr pour la période du 9 novembre au 31 décembre 2007. Seule la LSEE était applicable. Une infraction à cette dernière loi ne saurait toutefois être retenue à ce stade contre le recourant, qui n'avait pas été renvoyé pour ce motif. Ainsi, l'infraction à la LEtr n'est réalisée que pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 2 janvier 2009.

**3. a)** Selon l'art. 47 CP (Code pénal du 21 décembre 1937; RS 311.0), 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 (al. 1). 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 (al. 2).

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 (cf. not. ATF 122 IV 156, c. 3b; ATF 118 IV 21, précité, c. 2a). Il n'appartient ainsi pas à la Cour de cassation de revoir la mesure de la peine selon sa propre appréciation: elle n'intervient que si le tribunal est sorti du cadre légal des peines encourues, s'est inspiré d'éléments sans pertinence, n'a pas pris en considération l'un ou l'autre des facteurs juridiquement déterminants ou a outrepassé son pouvoir d'appréciation de sorte que la peine apparaisse arbitrairement sévère ou clémente (Bovay, Dupuis,

Monnier, Moreillon et Piguët, Procédure pénale vaudoise, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2008, n. 1.4 ad art. 415 CPP et les réf. cit.; ATF 129 IV 6; ATF 122 IV 156, précité).

**b)** Le recourant soutient que le tribunal aurait dû lui infliger, en lieu et place d'une peine privative de liberté, une peine pécuniaire, dont le montant du jour-amende se monterait à un franc.

Le choix du type de la sanction doit principalement tenir compte de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur le condamné et l'environnement social de ce dernier ainsi que de l'efficacité de la sanction dans l'optique de la prévention. A titre de sanctions, le nouveau droit fait de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. Dans ces cas, la peine pécuniaire constitue la sanction principale, les peines privatives de liberté ne devant 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 lieu en règle générale, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute, de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement (ATF 134 IV 97, c. 4.2).

En l'occurrence, le recourant a fait l'objet le 8 novembre 2007 d'une condamnation à 180 jours-amende à 30 fr., pour délit et contravention à la LStup ainsi que séjour illégal. A peine six mois plus tard, soit en avril 2008, il a repris son trafic de stupéfiants, ce qui démontre que la menace d'une peine pécuniaire n'a manifestement aucun effet sur lui. Le choix de la peine privative de liberté plutôt que de la peine pécuniaire ne prête ainsi pas le flanc à la critique.

**c) aa)** 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 c. 2b). Il faudra enfin tenir compte des antécédents, qui comprennent aussi bien les condamnations antérieures que les circonstances de la vie passée. Enfin, le comportement du délinquant lors de la procédure peut aussi jouer un rôle. 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 (ATF 121 IV 202 c. 2d/aa; ATF 118 IV 342 c. 2d).

**bb)** Le recourant fait valoir qu'il a admis l'essentiel des faits qui lui étaient reprochés, qu'il a participé à l'enquête et exposé l'ensemble de son activité, et que ses regrets ont mal été appréciés.

S'il est exact que le recourant a fourni des indications sur son trafic, la portée de sa collaboration doit néanmoins être relativisée. Il ressort en effet du jugement que ce n'est qu'au bénéfice du doute que les premiers juges ont admis que la moitié des acquisitions avaient servi à la consommation personnelle du recourant. De plus, le tribunal a estimé que les regrets manifestés étaient de circonstance, ce que la cour de céans ne peut que constater s'agissant de faits intervenus à l'audience. Quant au fait que le recourant a déclaré à la police être désolé d'avoir vendu un peu de cocaïne, il n'a pas de portée décisive sur ce point. Dès lors, il ne saurait être reproché aux premiers juges d'avoir retenu à décharge uniquement la collaboration à l'établissement des faits.

**cc)** Le recourant se prévaut encore de son jeune âge au titre de circonstances personnelles à décharge. Au moment des faits, il avait 21 ans et avait déjà fait l'objet d'une condamnation. Il peut dès lors difficilement soutenir qu'il ne possédait pas pleinement la faculté d'apprécier le caractère illicite de ses actes.

Par ailleurs, le trafic de drogue du recourant porte sur une quantité à la limite du cas grave, et le faible laps de temps écoulé entre sa première condamnation et la réitération des infractions en fait un récidiviste quasi immédiat. Dans cette mesure, la peine privative de liberté d'une année n'apparaît pas arbitraire, même en considérant que le séjour illégal du 8 novembre au 31 décembre 2007 n'aurait pas dû être retenu par le tribunal, faute de renvoi approprié.

Finalement, au vu de l'ensemble des circonstances, la peine privative de liberté de douze mois infligée au recourant n'est pas constitutive d'un abus du large pouvoir d'appréciation dont les premiers juges bénéficient en la matière.

Mal fondé, le moyen doit donc être rejeté.

**4. a)** En matière de sursis, l'art. 42 CP prévoit que le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1). Si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (al. 2).

Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. Savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être décidé 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. Le juge doit en outre suffisamment motiver sa décision, de manière à permettre de vérifier s'il a été tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés (ATF 134 IV 1, c. 4.2.1).

Dans l'hypothèse où un sursis antérieur est révoqué, il y a lieu de tenir compte des effets prévisibles de l'exécution de la peine qui en avait été assortie pour décider de l'octroi ou non du sursis à la nouvelle peine (ATF 134 IV 140, c. 4.5).

**b)** L'octroi ou le refus du sursis étant une question qui relève de l'appréciation du juge de première instance, la Cour de cassation n'intervient que si le premier juge n'a pas motivé sa décision, s'il l'a fondée sur des arguments juridiques critiquables ou sur un raisonnement manifestement insoutenable ou encore s'il a outrepassé son pouvoir d'appréciation (Cass., 3 septembre 2008, n° 345; JT 1991 III 19; JT 1991 III 52).

**c)** Le recourant soutient que le tribunal n'a pas examiné si la révocation du sursis accordé par le juge d'instruction le 8 novembre 2007 suffisait à faire un pronostic favorable.

Il est vrai que le jugement ne dit rien à ce propos. Quoiqu'il en soit, force est de constater que la menace d'une peine pécuniaire n'a été d'aucun effet sur le recourant et que la révocation de la peine de 180 jours-amende à 30 fr. n'apparaît pas de nature non plus à modifier le pronostic, ce d'autant moins que le recourant est actuellement sans autre moyen de subsistance que l'aide d'urgence. Par ailleurs, le recourant n'entreprend aucune démarche pour quitter la Suisse et participe à un trafic de stupéfiants pour assurer une partie de son entretien. Dans ces conditions, la révocation du sursis ne permet pas de prévoir un effet tel que le pronostic ne serait plus défavorable, l'art. 42 al. 2 CP exigeant des circonstances particulièrement favorables, ce qui n'est pas le cas d'espèce.

**5.** Le recourant demande enfin que le montant du jour-amende de la peine révoquée soit revu et fixé à un franc.

La peine étant définitivement fixée par le juge qui avait condamné le recourant le 8 novembre 2007, il n'y a pas lieu de la revoir. Le moyen doit dès lors être écarté.

**6.** En définitive, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé.

Vu l'issue du recours, les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office, seront mis à la charge du recourant (art. 450 al. 1 CPP). Le remboursement à l'Etat de cette indemnité sera exigible pour autant que la situation économique de l'intéressé se soit améliorée.

Par ces motifs,  
la Cour de cassation pénale,  
statuant à huis clos  
en application de l'art. 431 al. 2 CPP,  
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais de deuxième instance, par 1'980 fr. (mille neuf cent huitante francs), y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office par 550 fr. (cinq cent cinquante francs), sont mis à la charge du recourant S.\_\_\_\_\_.

**IV.** Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au chiffre III ci-dessus sera exigible pour autant que la situation économique de S.\_\_\_\_\_ se soit améliorée.

**V.** La détention subie depuis le jugement est déduite.

**VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

**Du 2 juillet 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 Soraya Tchamkerten, avocate-stagiaire (pour S.\_\_\_\_\_),
- 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 (15.09.1987),
- Ministère public de la Confédération,

- Office fédéral des migrations,
- M. le Président 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 :