

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE

Audience du 7 décembre 2012

Présidence de M. WINZAP
Juges : MM. Colelough et Sauterel
Greffier : M. Ritter

Parties à la présente cause :

A. _____, prévenu, représenté par Me Miriam Mazou, avocate d'office, à Lausanne, appelant,

et

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

En fait :

A. Par jugement du 6 août 2012, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné A._____, pour infraction grave et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants et infraction à la loi fédérale sur les étrangers, à trois ans de privation de liberté, dont 18 mois, sous déduction de 85 jours de préventive, à titre ferme et 18 mois avec sursis pendant cinq ans (I), dit que le sursis est subordonné à la preuve du départ de A._____ de Suisse d'ici au 8 août 2012 à 12h00, ordre étant donné à A._____ de faire parvenir au Greffe pénal du Tribunal d'arrondissement de Lausanne - fax 021 316 69 66 - une attestation de départ de Suisse, respectivement de séjour hors de Suisse (II), ordonné la confiscation des sommes et objets séquestrés sous n° 52720 (fiche n° 2029) et 52788 (fiche n° 1890), la somme d'argent venant en imputation des frais de justice (III), arrêté à 6'290 fr. l'indemnité allouée à Me Mazou, conseil d'office (IV), et mis les frais, par 30'698 fr. 50, à la charge de A._____, l'indemnité au conseil d'office ne devant être remboursée à l'Etat que si la situation financière de A._____ le permet (V).

B. Le 14 août 2012, A._____ a annoncé faire appel de ce jugement. Par déclaration d'appel du 6 septembre 2012, il a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'admission de l'appel (I) et à la modification du jugement attaqué en ce sens qu'il est condamné à une peine privative de liberté sensiblement inférieure à celle prononcée sous chiffre I du dispositif du jugement, compatible avec l'octroi du sursis total (II), que le sursis total lui est accordé (III), que le délai d'épreuve est fixé à une durée sensiblement inférieure à cinq ans (IV), que le sursis n'est pas subordonné à la preuve du départ de l'appelant de Suisse, respectivement de son séjour hors de Suisse (V); subsidiairement, il a conclu à l'annulation du jugement, la cause étant renvoyée au tribunal correctionnel désigné par l'autorité d'appel pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants à intervenir (VI).

Le 27 septembre 2012, le Ministère public a indiqué qu'il renonçait à déposer un appel joint et qu'il s'en remettait à justice quant à la recevabilité de l'appel.

Le prévenu a été dispensé de comparution personnelle à l'audience d'appel. Par son conseil, il a confirmé ses conclusions. Le Ministère public a conclu au rejet de l'appel en se référant intégralement aux considérants du jugement attaqué.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1.1 Le prévenu A._____, ressortissant du Nigéria, serait né en 1975. Le casier judiciaire suisse ne comporte pas d'inscription à son nom. Cela étant, il est établi que le prévenu a fait usage d'au moins six alias sous l'identité d'[...], seules la date de naissance et/ou l'origine nationale étant modifiées; il admet avoir utilisé une fausse identité à l'égard des autorités suisses. C'est sous ce nom qu'il a été condamné à une peine pécuniaire pour infraction à la législation sur les étrangers par la Préfecture de Lausanne en 2007 et à une peine pécuniaire également par ordonnance du 2 février 2010 du Juge d'instruction de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Il a été détenu pour les besoins de la présente enquête jusqu'au 10 janvier 2011, soit pour un total de 85 jours.

1.2 Le prévenu a demandé l'asile en Suisse le 15 mars 2006. Sa requête a été rejetée par décision du 28 avril suivant, entrée en force le 12 mai 2006. Il a quitté notre pays en 2007 pour se rendre en Espagne, mais est revenu en Suisse vraisemblablement dès le mois d'avril 2009, depuis l'Espagne. A compter du 12 janvier 2010, sa compagne K._____, née en 1984, qui fait l'objet d'une enquête distincte, a mis à sa disposition un studio qu'elle avait loué à Lausanne. Elle a dit avoir pris le bail à son propre nom pour rendre service au prévenu et par amour pour lui (PV aud. 4, p. 1 in fine). Le prévenu a ainsi séjourné en Suisse sans interruption jusqu'à son interpellation, le 18 octobre 2010.

Retourné en Espagne après son élargissement, il a comparu à l'audience de première instance au bénéfice d'un sauf-conduit. Arrivé en Suisse avec un billet d'avion aller simple, il s'est réinstallé chez K._____.

1.3 Outre l'infraction à la LEtr consistant à avoir séjourné en Suisse sans autorisation, il est d'abord fait grief au prévenu d'avoir, dans la région lausannoise, d'avril 2009 au 18 octobre 2010, acquis de divers trafiquants africains 70 cylindres de cocaïne, d'un poids et d'une valeur unitaires de 10 g et de 460 fr., représentant ainsi une quantité totale de 700 g de drogue pour un investissement global de 32'200 francs. Ayant repris la clientèle d'un trafiquant rentré au pays, le prévenu a revendu à différents toxicomanes, au détail et toujours dans la région lausannoise, l'intégralité de la cocaïne ainsi acquise. Il a ainsi écoulé les quantités de drogue suivantes :

- d'avril 2009 à octobre 2010, 90 g pour 9'000 fr. auprès d'[...] (PV aud. 7);
- de septembre 2009 à juin 2010, entre 5 et 6 g pour environ 600 fr. auprès d'[...] (PV aud. 28);
- de janvier à septembre 2010, 72 g pour environ 7'200 fr. auprès de [...] (PV aud. 10);
- de février à mai 2010, entre 7 et 8 g pour 1'000 fr. auprès d'[...] (PV aud. 9);
- d'avril à juin 2010, environ 18 g pour 1'800 fr. auprès de [...] (PV aud. 6);
- d'avril à juin 2010, de 3 à 6 g pour un montant compris entre 300 fr. et 600 fr. auprès de [...] (PV aud. 12).

Il a également demandé à plusieurs reprises à [...], également ressortissant du Nigéria, de livrer de la cocaïne à ses clients durant son absence (PV aud. 15).

Le prévenu a admis les faits ci-dessus à l'audience de première instance après les avoir contestés durant l'enquête.

1.4 Il est en outre reproché au prévenu d'avoir, en juin ou juillet 2010, reçu livraison, à Lausanne, de 125 g de cocaïne conditionné en douze "fingers" d'un trafiquant nigérian nommé [...], né en 1974, déféré séparément bien qu'arrêté avec le prévenu. Le fournisseur n'a toutefois encaissé que 2'000 fr. sur les 10'000 qu'il espérait (PV aud. 18). Le prévenu affirme que cette cocaïne était de mauvaise qualité. Il n'aurait de ce fait réussi à en vendre que deux ou trois boulettes et se serait débarrassé du solde dans les toilettes. Il a ainsi contesté s'être livré à tout trafic sur le lot en question pour le surplus (PV aud. 20, p. 3, R. 8).

Quelques jours avant leur arrestation, [...] a importé d'Espagne entre 70 et 105 g de cocaïne. Lors de la visite domiciliaire du logement fourni au prévenu par K._____, effectuée le 18 octobre 2010, sept cylindres contenant au total 96,6 g de cette même drogue ont été retrouvés dans une chaussette déposée dans un conduit d'aération de la salle de bain (P. 34). Le taux de pureté de la cocaïne variait entre 42,7 et 47,7 % (P. 36). Le tribunal correctionnel n'a pas ajouté foi à l'assertion du prévenu selon laquelle il avait déversé dans les toilettes la majeure partie de la drogue fournie par [...].

1.5 Enfin, à des endroits et à des dates qui n'ont pu être déterminés, le prévenu a consommé occasionnellement de la marijuana et de la cocaïne.

2. Appréciant les faits de la cause, le tribunal correctionnel a considéré que le prévenu s'était rendu coupable d'infraction grave et de contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants, ainsi que d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers.

3. Pour ce qui est de la culpabilité du prévenu, les premiers juges ont d'abord estimé que les dénégations partielles de l'intéressé restaient sans incidence sur la peine, sachant que l'acte d'accusation ne décrit pas son activité pour ce qui est de sa collaboration avec [...]. Ils ont ensuite retenu que l'accusation et la défense s'accordaient à admettre que le trafic auquel s'était livré le prévenu portait sur 825 g de cocaïne, le taux

de pureté de la drogue retenu étant de 32 %, soit le taux moyen des saisies de cette drogue durant l'année 2010.

A charge, les premiers juges ont pris en compte que le prévenu était un trafiquant chevronné, qu'il s'était livré à un ample trafic portant sur une quantité nette de 272 g, qu'il occupait un appartement avec une jeune femme amoureuse, mais dans lequel il se passait beaucoup d'opérations de trafic, qu'il était organisé, qu'il connaissait beaucoup de monde dans le milieu, qu'il était un vendeur actif, auquel on avait également confié la quantité de 125 g de cocaïne, que ses regrets n'étaient pas sincères et qu'il faisait preuve d'une mauvaise volonté crasse à se conformer à la loi sur les étrangers.

A décharge ont été pris en compte les aveux du prévenu, même s'ils n'ont été que très tardifs.

La quotité de la peine a été fixée à trois ans, soit à une durée incompatible avec le sursis complet, dont les conditions subjectives, de l'avis des premiers juges, ne seraient quoi qu'il en soit pas remplies. Le tribunal correctionnel a en revanche admis que l'exécution d'une partie de la peine sur le mode ferme amenderait le prévenu. Vu le risque de réitération, tenu pour tout à fait concret, notamment en matière d'infractions à la LEtr, la part de peine assortie du sursis l'a été avec le délai d'épreuve légal maximal.

En droit :

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

2

2.1 Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé (a) pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) pour constatation incomplète ou erronée des faits et (c) pour inopportunité (al. 3).

2.2 L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement. L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP; TF 6B_78/2012 du 27 août 2012).

3.

3.1 L'appelant critique d'abord la quantité de drogue retenue par les premiers juges sous l'angle de la quotité de la peine.

3.2.1 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 (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).

La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (*objektive Tatkomponente*). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (*subjektive Tatkomponente*). A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (*Täterkomponente*), à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 134 IV 17 c. 2.1 p. 19 s.; ATF 129 IV 6 c. 6.1 p. 20; TF 6B_759/2011 du 19 avril 2012 c. 1.1; TF 6B_335/2012 du 13 août 2012 c. 1.1).

L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Par conséquent, celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir

d'appréciation (ATF 136 IV 55 c. 5.6 p. 61; ATF 134 IV 17 c. 2.1 p. 19 s.; ATF 129 IV 6 c. 6.1, p. 21 et les références citées).

3.2.2 S'agissant en particulier des infractions à la législation sur les stupéfiants, outre les motifs, la situation personnelle et les antécédents de l'auteur, doivent être prises en considération les circonstances telles que son rôle dans la distribution de la drogue, l'intensité de sa volonté délictueuse, l'absence de scrupules, les méthodes utilisées, la durée et la répétition des actes prohibés, ainsi que celles dont l'auteur n'a pas forcément la maîtrise, telles que, pour celui qui ne fait que transporter la drogue, la capacité d'honorer les commandes du distributeur et les ressources financières du client (Favre, Pellet et Stoudmann, Code pénal annoté, 3^e éd., Lausanne 2007, n. 1.29 ad art. 47 CP et les réf. cit.).

La quantité de drogue est un élément d'appréciation important mais toutefois pas prépondérant (ATF 122 IV 299, c. 2c, JT 1998 IV 38; ATF 121 IV 193, c. 2d/cc, JT 1997 IV 108; ATF 118 IV 342, c. 2c, JT 1994 IV 67). 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 (TF 6B_380/2008 du 4 août 2008). Ainsi, lorsque le prévenu est un trafiquant qui n'est pas dépendant de la drogue, il s'agit de se baser en premier lieu non pas sur la quantité de drogue vendue, mais sur la position de l'individu dans le réseau de distribution (Dupuis/Geller/Monnier/Moreillon/Piguet/Bettex/Stoll [éd.], Petit commentaire CP, Bâle 2012, n. 17 ad art. 47 CP, p. 298). 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 (TF 6S.21/2002 du 17 avril 2002 c. 2c et les réf. cit.).

S'agissant en particulier du trafic de cocaïne, il y a cas grave au sens de l'art. 19 ch. 2 let. a LStup à partir de 18 g de drogue pure (ATF 109 IV 143, JT 1984 IV 84, dont les principes n'ont pas été affectés par le

changement de jurisprudence consacré par l'ATF 117 IV 314). La modification de la loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 n'a pas modifié la définition du cas grave.

3.3 Dans le cas particulier, l'appelant considère que les premiers juges auraient dû retenir qu'il s'était débarrassé des 125 g de cocaïne de mauvaise qualité plutôt que de considérer qu'il les avait gardés par-devers lui. La critique est sans portée sous l'angle de la qualification des faits. En effet, il est admis que l'appelant a bel et bien réceptionné cette drogue en vue de sa revente, ce qui suffit à fonder l'infraction. Le trafic a donc bel et bien porté sur une quantité brute de 825 g, et non sur 700 g seulement.

L'appelant critique aussi le calcul du taux de pureté de la drogue. Ramenée à un taux de pureté moyen de 32 %, une telle quantité représente 264 g de cocaïne pure, et non 272 g comme le retient le jugement attaqué. Dans cette mesure, la critique de l'appelant est fondée en fait. Il n'en reste pas moins, à nouveau, qu'elle ne porte pas à conséquence en droit. En effet, l'ampleur du trafic est sans commune mesure avec la quantité marginale de drogue prise en compte à tort par les premiers juges. Comme indiqué plus haut, en matière de fixation de la peine relative à un trafic de stupéfiants, la quantité de drogue joue certes un rôle important, mais pas exclusif, les tribunaux ne pratiquant pas une « justice au gramme ». Dès lors, l'erreur de calcul des premiers juges ne change rien au constat de culpabilité de l'appelant, le facteur déterminant étant la position du prévenu au sein du réseau, qui était celle d'un trafiquant endurci réceptionnant, de manière récurrente, de la drogue en grandes quantités. Du reste, le taux de pureté de la cocaïne saisie le 18 octobre 2010 variait entre 42,7 et 47,7 %, ce qui excède de beaucoup le taux moyen retenu par ailleurs. Le taux de pureté retenu apparaît donc favorable à la défense. Ce moyen doit en définitive être rejeté.

4.

4.1 L'appelant considère ensuite qu'il avait le droit de circuler librement de Suisse en Espagne, car il était titulaire d'une carte de résident espagnol, d'une part et qu'aucune interdiction de franchir notre

territoire ne lui avait été signifiée, d'autre part. Il se réclame d'une lettre du 27 août 2012 du Service de la population et des migrations du canton du Valais, faisant suite à un courrier de son avocate du 21 août 2012. Cette décision administrative non formelle atteste que l'appelant, connu sous l'alias [...], de nationalité indéterminée, est parti dans la clandestinité le 10 janvier 2011, après que l'autorité fédérale compétente a rejeté sa demande d'asile. Cette communication ajoute que l'appelant ne fait l'objet d'aucune interdiction d'entrée en Suisse actuellement, que tel n'a pas davantage été le cas par le passé et qu'étant au bénéfice d'une carte de résident espagnol, il peut séjourner au maximum trois mois en Suisse, pour autant qu'il soit en possession d'un passeport valable.

Le document dont se prévaut l'appelant est postérieur au jugement entrepris. S'agissant d'une instruction d'office, la cour de céans ne peut ignorer cette lettre.

4.2 Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 pour ce qui est des normes ici en cause, la LEtr abroge l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers au 31 décembre 2007.

L'appelant, assez curieusement d'ailleurs, ne tire aucune conclusion de cette lettre sur le plan juridique, sauf à soutenir que les premiers juges ne pouvaient pas considérer qu'il n'était pas habilité à venir en Suisse, élément qui, s'il n'est pas retenu, devrait influencer sur la peine. En particulier, l'appelant ne nie pas qu'il a enfreint l'art. 115 al. 1 let. b LEtr. Cette norme punit d'une peine privative de liberté d'un an ou d'une peine pécuniaire quiconque séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour autorisé. C'est cette dernière infraction qui a été retenue, à l'exclusion de celle d'entrée illégale, réprimée séparément par l'art. 115 al. 1 let a LEtr, qui renvoie à l'art. 5 de la même loi.

Il ressort des pièces du dossier que l'appelant a demandé l'asile en Suisse le 15 mars 2006. Sa requête a été rejetée par décision du 28 avril 2006, entrée en force le 12 mai suivant (P. 23). Ensuite, l'appelant

est parti en Espagne, mais il est revenu dans notre pays en avril 2009 depuis son Etat de résidence pour s'adonner à un trafic de drogue jusqu'à son interpellation, le 18 octobre 2010. Une carte de résident donne peut-être le droit d'aller et venir sur le territoire de l'Etat l'ayant délivrée, mais elle n'a pas pour vocation de rendre légal un séjour illégal. Or, c'est bien de cela dont il s'agit : d'une part, sous l'empire de l'ancien droit, l'appelant n'a pas quitté la Suisse dans le délai qui lui était imparti à cet effet après la décision de renvoi rendue à son encontre; d'autre part, sous l'empire du nouveau droit, lorsqu'il a franchi notre frontière, il est resté plus de trois mois en Suisse alors qu'il devait s'annoncer nonobstant son statut de résident espagnol en vigueur dans l'espace Schengen (art. 2 de l'ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi de visas [OEV] ; RS 142.204). Il est vrai que le tribunal correctionnel a reproché à l'appelant de ne s'être muni que d'un aller simple pour se rendre aux débats de première instance. Selon l'appelant, ce reproche – qu'il tient pour infondé – justifierait presque à lui seul le quantum de peine, le refus du sursis et la longueur durée du délai d'épreuve. Les questions ne se posent cependant pas ainsi.

4.3 Il est évident que c'est au premier chef le trafic de cocaïne qui justifie l'importance de la peine (cf. jugement, p. 13). Il a par ailleurs déjà été relevé que le trafic porte bien sur 825 g de cette drogue. S'agissant des 125 g prétendument jetés dans les toilettes, les premiers juges n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en retenant qu'il s'agissait d'un mensonge. En effet, il est inconcevable qu'un trafiquant de cet acabit se soit débarrassé d'une telle quantité de drogue, alors que le trafic constituait sa seule source de revenus. A l'évidence, cette explication s'adresse à son fournisseur, car elle permet à l'appelant d'expliquer pourquoi il ne l'a que partiellement payé (jugement, p. 11 considérant 3). Au reste, la vente de deux ou trois boulettes avouée par le prévenu en relation avec la drogue livrée par son comparse [...] ne permet pas d'obtenir 2'000 francs.

S'agissant de l'infraction à la LEtr, l'appelant perd de vue qu'il a délibérément séjourné illégalement en Suisse dès l'échéance du délai de

trois mois imparti pour régulariser sa situation lors de son arrivée en avril 2009. L'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, qu'il ne conteste pas, est dès lors bien réalisée; le jugement entrepris ne mentionne pas l'ancien droit quant aux faits antérieurs au 1^{er} janvier 2008. Pour ce qui est de l'appréciation de la culpabilité de l'auteur, l'appelant reconnaît lui-même qu'il n'avait pas le droit de revenir dans notre pays après son séjour illégal, puisqu'il avait fait l'objet d'une décision de renvoi. Il l'a fait quand même en prenant la précaution de se faire délivrer un sauf-conduit, mais en ne se munissant que d'un aller simple course depuis l'Espagne, Etat de résidence. Ce fait témoigne d'une volonté de rester en Suisse après l'expiration du sauf-conduit, à défaut de titre de séjour. Avec les premiers juges, on peut fort bien admettre, dans ces conditions, que l'appelant se formalise peu des prescriptions en matière de police des étrangers et cela même si seul un *séjour* illégal lui est reproché dans la présente procédure, à l'exclusion d'une *entrée* illégale. Il s'agit dès lors d'un critère d'appréciation de la culpabilité et non d'un élément constitutif d'une infraction retenue à charge.

L'appel s'avère infondé sur ce point et doit être rejeté.

5. L'appelant conclut à ce que la peine soit assortie du sursis ordinaire, soit complet.

5.1 L'art. 42 al. 1 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.

Aux termes de 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 (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 de la libération conditionnelle ne lui sont pas applicables (al. 3).

5.2 De jurisprudence constante, les conditions subjectives auxquelles l'art. 42 CP soumet l'octroi du sursis intégral s'appliquent également à l'octroi du sursis partiel prévu à l'art. 43 CP (ATF 134 IV 1 c. 5.3.1 p. 10; cf. aussi arrêts 6B_664/2007 du 18 janvier 2008 c. 3.2.1; 6B_353/2008 du 30 mai 2008 c. 2.3). En effet, le critère des perspectives d'amendement s'applique également pour le sursis partiel, 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. Mais un pronostic défavorable exclut également le sursis. 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 précité, c. 5.3.1, p. 10).

En revanche, les conditions objectives des art. 42 et 43 CP ne correspondent pas: les peines privatives de liberté jusqu'à une année ne peuvent être assorties du sursis partiel; une peine de 12 à 24 mois peut être assortie du sursis ou du sursis partiel; le sursis complet à l'exécution d'une peine privative de liberté est exclu, dès que celle-ci dépasse 24 mois alors que jusqu'à 36 mois, le sursis partiel peut être octroyé (arrêt précité, c. 5.3.2, p. 11).

Pour statuer sur la suspension partielle de l'exécution d'une peine, le juge doit tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette notion de faute correspond à la culpabilité telle que définie à l'art. 47 al. 2 CP (ATF 134 IV 1 précité c. 4.2.3).

5.3 Le sursis ordinaire présuppose que la peine soit inférieure ou égale à 24 mois, ce qui n'est pas le cas ici. La peine infligée est en effet

d'un quantum de 36 mois. Partant, statuer sur la question du sursis ordinaire implique d'examiner la quotité de la peine sous l'angle de l'art. 47 CP.

L'appelant a déjà été condamné par le passé sous un alias. Sa collaboration à l'enquête et aux débats doit être qualifiée respectivement de mauvaise et de mitigée. Le trafic de drogue auquel il s'est livré doit être tenu pour intense, car pratiqué durant une durée prolongée et sur des quantités de drogue importantes. Quant au mobile, il est strictement vénal. A noter que le prévenu, bien que consommateur, n'est pas dépendant de la drogue. En outre, c'est son arrestation qui a mis fin à son activité délictueuse. Il y a enfin un concours d'infractions. Même en prenant en compte les aveux partiels passés aux débats par le prévenu et le fait qu'il s'est présenté devant ses juges, qui représentent les seuls éléments à décharge, la peine infligée est adéquate. Il s'ensuit que seul un sursis partiel pouvait entrer en ligne de compte au vu de la quotité de la peine, sursis qui a été octroyé.

L'appel est infondé à cet égard également.

6. L'appelant critique enfin la durée du délai d'épreuve assortissant le sursis partiel, qu'il tient pour trop longue eu égard au risque de récidive limité qu'il présenterait selon lui.

La durée du sursis constitue un aménagement légal tendant à l'amendement du condamné, donc à limiter le danger de réitération; ce sont dès lors des motifs de prévention spéciale qui doivent prévaloir (Kuhn, dans : Roth/Moreillon [éd.], Commentaire romand, Bâle 2009, n. 16 ad art. 44 CP, p. 448).

En l'espèce, le délai d'épreuve imparti par le tribunal correctionnel se fonde sur le risque de récidive, tenu pour tout à fait concret, notamment en matière de LEtr. L'appelant a déjà été condamné, sous une autre identité, pour des infractions à la législation sur les étrangers (notamment la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des

étrangers, abrogée au 31 décembre 2007 par l'entrée en vigueur de la LEtr, comme déjà relevé). Il a récidivé dans le même type d'infractions. Cette récidive spéciale démontre ainsi à l'envi que, dans le doute quant à son droit de séjour, il n'hésite pas à résider en Suisse, de surcroît en utilisant un billet aller simple. Il n'a pas non plus donné suite à la décision de renvoi rendue à son encontre lorsqu'il a été débouté de sa demande d'asile, montrant ainsi le peu de cas qu'il fait de la législation qui lui est applicable en sa qualité d'étranger. Le risque de réitération est dès lors particulièrement important en matière de LEtr. Il l'est du reste aussi pour ce qui est de la législation sur les stupéfiants. En effet, le prévenu s'est livré à du trafic à une vaste échelle et durant une période prolongée lors du second de ses séjours illégaux en Suisse et il ne dispose pas d'une autre source de revenus. Ce motif de prévention spéciale justifie que la durée du délai d'épreuve soit fixée au délai légal maximal de cinq ans.

Quant à la modalité du sursis relative à la preuve du départ de l'appelant de Suisse, respectivement de son séjour hors de Suisse, il s'agit d'une règle de conduite selon l'art. 44 al. 2 CP. Sa conformité à la loi tombe sous le sens, sachant, comme déjà indiqué, que l'intéressé, déjà condamné pour des infractions en matière de législation sur les étrangers, n'a été autorisé à entrer dans notre pays pour l'audience de première instance qu'au bénéfice d'un sauf-conduit, et non d'un visa. Il n'est donc pas habilité à séjourner en Suisse hors les limites du sauf-conduit et la prévention de risque de réitération commande d'éviter un nouveau séjour d'un délinquant aussi endurci. Pour le reste, l'appelant ne critique pas les modalités de la règle de conduite en tant que telles nonobstant sa conclusion (V) portant sur cet objet. Partant, il n'y a pas lieu de statuer à leur sujet, s'agissant en particulier de la date impartie à l'intéressé pour faire parvenir une attestation de départ de Suisse, respectivement de séjour hors de Suisse.

7. Enfin, l'appelant n'étaye pas ses conclusions subsidiaires en annulation du jugement. Au reste, aucun motif d'annulation n'est donné selon l'art. 409 al. 1 CPP.

8. Vu l'issue de la cause, les frais d'arrêt selon l'art. 424 CPP doivent être laissés à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 428 al. 1, 1^{ère} phrase, CPP). Outre l'émolument, ces frais comprennent l'indemnité d'office allouée à son conseil d'office pour les opérations liées à la procédure d'appel (cf. les art. 135 al. 2 et 422 al. 2 let. a CPP; art. 2 al. 2 ch. 1 TFJP).

Vu l'ampleur et la complexité de la cause en appel, l'indemnité allouée au conseil d'office de l'appelant doit être fixée sur la base d'une durée d'activité de deux heures pour l'avocate, par 180 fr. l'heure, TVA en sus, et d'une durée de dix heures pour l'avocate-stagiaire, par 110 fr. l'heure, TVA en sus également, 50 fr. de dépens étant également pris en compte (cf. l'art. 135 al. 1 CPP; TF 2P.325/2003 du 6 juin 2006).

Le prévenu ne sera tenu de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité en faveur de son conseil d'office prévue ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 let. a CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
en application des articles 40, 43, 44 al. 1 et 2, 47, 50, 51, 69, 70 CP;
19 ch. 1 et 2, 19a ch. 1 LStup; 115 al. 1 let. b LEtr; 398 ss CPP,
prononce en audience publique :

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement rendu le 6 août 2012 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne est confirmé, son dispositif étant le suivant :

"I. Condamne A. _____ pour infraction grave et contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants, infraction à la Loi fédérale sur les étrangers à 3 (trois) ans de privation de liberté, dont 18 (dix-huit) mois, sous déduction de 85

(huitante-cinq) jours de préventive, à titre ferme et 18 (dix-huit) mois avec sursis pendant 5 (cinq) ans;

II. dit que le sursis est subordonné à la preuve du départ de A. _____ de Suisse d'ici au 8 août 2012 à 12h00, ordre étant donné à A. _____ de faire parvenir au Greffe pénal du Tribunal d'arrondissement de Lausanne - fax 021 316 69 66 - une attestation de départ de Suisse, respectivement de séjour hors de Suisse;

III. ordonne la confiscation des sommes et objets séquestrés sous n° 52720 (fiche n° 2029) et 52788 (fiche n° 1890), la somme d'argent venant en imputation des frais de justice;

IV. arrête à 6'290 fr. l'indemnité allouée à Me Mazou, conseil d'office;

V. met les frais, par 30'698 fr. 50, à la charge de A. _____, l'indemnité au conseil d'office ne devant être remboursée à l'Etat que si la situation financière de A. _____ le permet".

III. Une indemnité d'office, d'un montant de 1'630 fr. 80 (mille six cent trente francs et huitante centimes), débours et TVA compris, est allouée à Me Miriam Mazou pour la procédure d'appel.

IV. Les frais de la procédure d'appel, par 3680 fr. 80 (trois mille six cent huitante francs et huitante centimes), y compris l'indemnité en faveur de son conseil d'office prévue au ch. III ci-dessus, sont mis à la charge de A. _____.

V. A. _____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité en faveur de son conseil d'office prévue au ch. III ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra.

Le président :

Le greffier :

Du 10 décembre 2012

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué à l'appelant et aux autres intéressés.

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Mme Miriam Mazou, avocate (pour A. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Ministère public de la Confédération,
- Service de la population (A. _____, 02.02.1975; alias [...]),
- Office fédéral des migrations,
- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :