Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 541/2007 /rod

Arrêt du 13 mai 2008
Cour de droit pénal

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Ferrari et Mathys.
Greffier: M. Vallat.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Mary Monnin-Zwahlen, avocate,

contre

Ministère public du canton de Vaud, rue de l'Université 24, 1005 Lausanne,
intimé.

Objet
Courte peine privative de liberté ferme (art. 41 CP),

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale, du 18 avril 2007.

Faits:

A.
Par jugement du 27 février 2007, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a condamné X._____ pour infraction à la Loi fédérale sur les stupéfiants (LStup) à une peine privative de liberté ferme de quatre mois, avec suite de frais.

B.
La Cour de cassation du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours du condamné, par arrêt du 18 avril 2007. Cet arrêt repose, en substance, sur l'état de fait suivant.
B.a Né le 10 juillet 1985, X._____ est arrivé en Suisse en 2003. Dépourvu de documents d'identité, il a déposé une demande d'asile. Sa requête a été rejetée le 21 août 2003 et le recours formé contre cette décision l'a été le 6 octobre suivant. Au moment des faits, il était soutenu par la Fondation vaudoise pour l'accueil des requérants d'asile (FAREAS) et logeait dans un studio à Yverdon. Son casier judiciaire mentionne deux condamnations, les 27 août et 16 novembre 2004, pour violation d'une mesure au sens de l'art. 23a LSEE.

Entre le printemps 2004 et le 2 mars 2005, X._____ a vendu 13 grammes de cocaïne pure et réalisé un bénéfice net supérieur à 1100 francs.
B.b En ce qui concerne les griefs soulevés par X._____ en relation avec la sanction infligée, sa nature en particulier, la cour cantonale a jugé que l'examen de l'ensemble des éléments déterminants conduisait inévitablement à formuler un pronostic défavorable, si bien que le sursis était exclu. X._____ dépendait pour sa survie d'une aide sociale calculée au plus juste, ce qui excluait le prononcé d'une peine pécuniaire. Ni l'état de santé de l'intéressé, dont il n'était pas établi qu'il fût encore tuberculeux au moment du jugement, ni son statut administratif ne s'opposaient à l'accomplissement d'un travail d'intérêt général. Sur ce dernier point, la cour cantonale a souligné le caractère de sanction du travail d'intérêt général et en a déduit qu'une expul-

sion administrative ne suffisait donc pas à exclure par principe ce type de peine. En revanche, dès lors que X._____ avait récidivé malgré deux condamnations déjà purgées sous cette forme, il apparaissait que cette sanction n'avait pas eu l'effet dissuasif souhaité. Le prononcé d'une peine privative de liberté s'imposait donc.

C.
X._____ forme un recours en matière pénale contre cet arrêt. Il conclut avec suite de frais et dépens à son annulation et au prononcé d'une peine de travail d'intérêt général de 480 heures assortie du sursis. Il requiert l'octroi de l'effet suspensif et le bénéfice de l'assistance judiciaire.

La Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal ainsi que le Ministère public ont renoncé à des observations.

Considérant en droit:

1.
Le recours en matière pénale peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est circonscrit par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral l'applique d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente. Il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (cf. ATF 130 III 136 consid. 1.4 p. 140). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui. Il ne peut pas entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal si le grief n'a pas été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

2.
Le recourant conteste le refus du sursis, d'une part, et soutient, d'autre part, que la décision entreprise viole les art. 37 al. 1 et 41 CP en tant qu'elle lui inflige une peine privative de liberté ferme d'une durée inférieure à six mois en lieu et place d'une peine pécuniaire ou d'un travail d'intérêt général.

La question du sursis se pose dans les mêmes termes, au plan subjectif, quel que soit le type de sanction (cf. art. 42 al. 1 CP; v. pour la peine pécuniaire: arrêt 6B 366/2007 du 17 mars 2008 destiné à la publication, consid. 7.2). Il convient d'examiner cette question en premier lieu, dans la mesure où la réponse à y apporter peut conditionner le choix de la peine (cf. art. 41 al. 1 CP).

2.1 Selon le nouvel art. 42 CP, 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). L'octroi du sursis peut également être refusé lorsque l'auteur a omis de réparer le dommage comme on pouvait raisonnablement l'attendre de lui (al. 3). Le juge peut prononcer, en plus du sursis, une peine pécuniaire sans sursis ou une amende selon l'art. 106 CP (al. 4).

2.2 Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder

un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le juge doit par ailleurs motiver sa décision de manière suffisante (cf. art. 50 CP). Sa motivation doit permettre de vérifier s'il a été tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés (cf. ATF 134 IV 5 consid. 4.2.1; ATF 128 IV 193 consid. 3a; 118 IV 97 consid. 2b). Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas
de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (cf. ATF 134 IV 5 consid. 4.2.2).
2.3
2.3.1 En l'espèce, il ressort de l'arrêt cantonal que le recourant, requérant d'asile depuis 2003, a été interpellé à 19 reprises par la police lausannoise en des endroits réputés pour abriter le trafic de produits stupéfiants. A la vingtième fois, le Juge de paix du cercle de Lausanne a rendu, le 28 mai 2004, une ordonnance lui interdisant de pénétrer sur le territoire de la commune de Lausanne sous menace des peines d'emprisonnement ou d'arrêts prévues par l'art. 23a LSEE. A deux reprises, l'intéressé a violé cette interdiction et a été condamné par le Juge d'instruction de Lausanne, la première fois à une peine d'emprisonnement de 5 jours avec sursis pendant deux ans, sursis révoqué lors de la deuxième condamnation à une peine de 25 jours d'emprisonnement. La cour cantonale a ensuite constaté que quand bien même le recourant avait exécuté ces peines sous la forme d'un travail d'intérêt général, cela ne l'avait pas convaincu de s'en tenir à la légalité. Au contraire, les infractions commises étaient plus graves que les précédentes et il était dès lors à craindre que le recourant n'en commette de nouvelles ce d'autant plus que sa situation était précaire. Elle en a déduit l'existence d'un pronostic défavorable (arrêt entrepris,
consid. 2.3, p. 10).
2.3.2 Le recourant soutient que les conditions du sursis seraient néanmoins remplies. Il souligne avoir été jugé pour la première fois en raison d'une infraction à la LStup et n'avoir jamais eu d'activité criminelle par le passé, ses deux antécédents ayant uniquement pour objet des ruptures de bans.
2.3.3 Selon la jurisprudence, des antécédents relatifs à d'autres types de délits ne sont pas sans pertinence pour l'établissement du pronostic en vue de l'octroi ou du refus du sursis (ATF 100 IV 133, consid. 1d, p. 137; 98 IV 76 consid. 2, p. 82; v. également Roland Schneider/Roy Garré, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2e éd., art. 42 n. 59). A cela s'ajoute, en l'espèce, que la violation de l'interdiction de pénétrer sur le territoire de la commune de Lausanne, pour laquelle le recourant a été condamné à deux reprises, avait précisément pour but de l'éloigner d'endroits réputés pour abriter le trafic de produits stupéfiants, dans lesquels il a été interpellé à une vingtaine de reprises. Ces condamnations n'étaient donc pas dénuées de tout rapport avec celle faisant l'objet de la présente procédure. Cela étant, on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir jugé que ces antécédents pouvaient fonder un pronostic défavorable. En outre, la première condamnation a été assortie du sursis, qui a été révoqué lors de la deuxième. On peut donc non seulement émettre de sérieux doutes sur le fait que le prononcé d'une peine assortie du sursis soit suffisant pour détourner le recourant de commettre de nouvelles infractions mais on peut
même constater que la révocation du sursis et l'exécution des deux peines n'y a pas suffi jusqu'ici. On ne saurait donc reprocher à la cour cantonale, dans ces conditions, d'avoir conclu à l'existence d'un pronostic défavorable. Le grief est infondé.

3.
Le recours pose ensuite la question du choix du type de la sanction (peine privative de liberté, peine pécuniaire ou travail d'intérêt général). Le Tribunal fédéral s'est penché récemment sur cette problématique, dans un arrêt du 17 mars 2008, destiné à la publication aux ATF (affaire 6B 341/2007 consid. 4.2). Il en ressort ce qui suit.

3.1 La nouvelle partie générale du Code pénal offre une palette étendue de sanctions et de possibilités de combinaisons de celles-ci entre elles. 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 (arrêt 6B 109/2007 du 17 mars 2008 consid. 4.1 et la référence à Franz Riklin, Neue Sanktionen und ihre Stellung im Sanktionensystem, in: Stefan Bauhofer/Pierre-Henri Bolle [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Zurich 1994, p. 168; le même, Zur Revision des Systems der Hauptstrafen, ZstrR 117/1999, p. 259).

3.1.1 A titre de sanctions, le nouveau droit fait 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, respectivement de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. Les sanctions de toute nature peuvent dorénavant être assorties du sursis (art. 42 CP) ou d'un sursis partiel (art. 43 CP) lorsque les conditions en sont réalisées, ou encore être prononcées fermes (arrêt 6B 109/2007 du 17 mars 2008, consid. 4.2; cf. sur les conditions du sursis total et partiel, ATF 134 IV 1 consid. 4 et 5). Une peine avec sursis peut être combinée avec une amende (art. 42 al. 4 CP; ATF 134 IV 1 consid. 4.5; v. aussi arrêt 6B 366/2007 du 17 mars 2008 consid. 7.3).
3.1.2 Dans la conception de la nouvelle partie générale du Code pénal, 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. Quant au travail d'intérêt général, il suppose l'accord de l'auteur. 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, respectivement qui le touche le moins durement (arrêt 6B 109/2007 du 17 mars 2008 consid. 4.1 destiné à la publication; 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; Annette Dolge, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2e éd. Bâle 2007, art. 34 CP n. 24; la même, Die Geldstrafe, in: Marianne Heer-Hensler [Hrsg.], Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, p. 60; Goran Mazzucchelli,
Strafrecht I, 2e éd., Bâle 2007, art. 41 CP, n. 10; Christian Schwarzenegger/Markus Hug/Daniel Jositsch, Strafrecht II, 8e éd, Zurich 2007, p. 120; Jürg Sollberger, Die neuen Strafen des Strafgesetzbuches in der Übersicht, in: Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger [Hersg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2e éd. Berne 2006, p. 25). 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 coeur de la révision de la partie générale du Code pénal en matière de sanction, d'éviter les courtes peines de prison ou d'arrêt, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, et de leur substituer d'autres sanctions (arrêt 6B 366/2007 du 17 mars 2008, destiné à la publication, consid. 4.3; Message 1998, p. 1791, 1822 s., 1834 et 1837; cf. aussi p. 1845 s.; cf. encore Mazzucchelli, op. cit., art. 41 CP, n. 5 et les références; Dolge, Basler Kommentar, art. 34 CP n. 26 in fine; Renate Binggeli, Die Geldstrafe, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des
Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugenstrafrecht, 2e éd., Berne 2006, p. 58 s.; v. encore Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27e éd. 2006, § 2 n. 33).

Il convient donc d'examiner si la cour cantonale a exclu à juste titre en l'espèce tout d'abord le prononcé d'un travail d'intérêt général, puis d'une peine pécuniaire.

4.
Dans l'arrêt précité (arrêt 6B 341/2007 du 17 mars 2008, destiné à la publication), le Tribunal fédéral a également dégagé les principes suivants en relation avec le travail d'intérêt général (consid. 6.3).

4.1 Le nouveau droit confère au travail d'intérêt général le statut d'une peine principale à part entière. Il ne s'agit plus d'une simple forme d'exécution d'une courte peine privative de liberté ferme. Il en découle quelques innovations importantes. Le prononcé d'un travail d'intérêt général ressortit tout d'abord au droit fédéral. Il est ordonné par le juge (art. 37 CP) et non plus consenti par l'autorité cantonale d'exécution des peines. Le travail d'intérêt général peut, ensuite, comme toutes les autres peines, sanctionner des crimes et des délits et être ou non assorti d'un sursis total (art. 42 CP) ou partiel (art. 43 CP). Les cantons demeurent compétents pour l'exécution du travail d'intérêt général. Lorsque la peine de travail n'est pas exécutée, elle doit être convertie en une peine pécuniaire ou privative de liberté dans une procédure judiciaire (art. 39 CP). Enfin, et c'est nouveau également, le travail d'intérêt général peut sanctionner même une contravention (art. 107 CP).

4.2 Le travail d'intérêt général est une sanction axée sur la prévention individuelle dans une perspective sociale constructive. Il tend à la privation de loisirs en tenant compte de l'expiation et de la réparation (Benjamin

Brägger, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2e éd., Bâle 2007, remarques préliminaires à l'art. 37 CP, n. 21/26 s. et art. 37 CP, n. 6). Avec la peine pécuniaire, il offre une alternative aux peines privatives de liberté de courte durée, dont le contingentement constituait un postulat central de la révision de la loi (Message 1998, p. 1830-1834; v. aussi p. 1790 s.).
4.2.1 Le prononcé d'un travail d'intérêt général est réglé comme suit par l'art. 37 CP (Définition):
1 A la place d'une peine privative de liberté de moins de six mois ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, le juge peut ordonner, avec l'accord de l'auteur, un travail d'intérêt général de 720 heures au plus.

2 Le travail d'intérêt général doit être accompli au profit d'institutions sociales, d'oeuvres d'utilité publique ou de personnes dans le besoin. Il n'est pas rémunéré.
4.2.2 Il y a controverse quant à savoir si le travail d'intérêt général peut réellement être ordonné « à la place d'une peine privative de liberté de moins de six mois ». Selon l'opinion dominante en doctrine, le texte de l'art. 37 al. 1 CP serait trompeur et mal formulé. Ces auteurs relèvent que, dans la règle, la peine privative de liberté a une durée supérieure à six mois (art. 40 CP) et qu'une exception n'est précisément réalisée que s'il y a lieu d'admettre que le travail d'intérêt général ne pourra pas être exécuté (art. 41 CP). Ces dispositions se contrediraient ainsi réciproquement (Christian Trenkel, Die gemeinnützige Arbeit und Hinweis zur Umwandlung von Strafen nach den Bestimmungen des StGB in der Fassung vom 13. Dezember 2002, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger [Hrsg.]Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2e éd., Berne 2006, p. 137 ss; Robert Kovacs, Le travail d'intérêt général selon le CP 2002, in: Droit des sanctions, Berne 2004, p. 107 s.; Brägger, op. cit., art. 37 CP, n. 7). Selon une autre conception, il apparaîtrait au contraire tout à fait judicieux de placer les intéressés devant l'alternative d'une courte peine privative de liberté ou
d'un travail d'intérêt général. Des peines privatives de liberté de moins de six mois ne pourraient certes être prononcées que s'il y a lieu d'admettre que le travail d'intérêt général ne pourra pas être exécuté, mais l'accord de l'intéressé peut précisément faire défaut (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2e éd., Berne 2006, § 3 n. 3 et rem. 3 p. 79).

Lorsque le tribunal est confronté à la question du choix de la peine, il doit partir de celle dont la loi sanctionne concrètement l'état de fait incriminé. Dans la règle, les délits sont sanctionnés d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire (cf. art. 10 al. 3 CP). Il est vrai qu'une peine privative de liberté ferme de moins de six mois n'entre qu'exceptionnellement en ligne de compte. Elle n'est possible que si les conditions de l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 CP ne sont pas remplies et qu'il faille simultanément admettre qu'une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général ne pourront être exécutés (art. 41 CP). En édictant cette disposition, le législateur a institué un ordre légal de priorité en faveur des sanctions non privatives de liberté (Goran Mazzucchelli, Basler Kommentar, art. 41 CP, n. 11/38). Le tribunal doit ainsi toujours examiner d'abord si une peine pécuniaire ferme peut être prononcée. Celle-ci doit pouvoir être appliquée même aux personnes ayant une faible capacité de revenu. Son exécution doit a priori procéder d'un paiement spontané et non résulter d'une exécution forcée par voie de poursuite. Il s'ensuit que l'exécution de la peine pécuniaire n'est pas rendue impossible du seul
fait qu'il apparaît dès l'abord que l'on ne pourra en obtenir le paiement dans une telle procédure (ATF 6B 366/2007 du 17 mars 2008 consid. 6.5.1). Par ailleurs, avec l'accord de l'intéressé, le travail d'intérêt général a la priorité dans tous les cas sur la peine pécuniaire.

On peut toutefois reconnaître de rares exceptions lorsque la condamnation à une peine pécuniaire n'est pas envisageable pour des motifs relevant de la personne de l'auteur (p. ex. lorsque l'intéressé manifeste d'emblée qu'il n'est pas disposé à payer). L'impossibilité d'exécuter une peine pécuniaire ne doit cependant pas être admise à la légère, car la loi exige qu'il soit tenu compte pour fixer la quotité de la peine de la situation personnelle et économique (art. 34 al. 2 CP). Lorsqu'il est exceptionnellement justifié de l'admettre dans le cas d'espèce, le tribunal est appelé à décider si un travail d'intérêt général peut être ordonné à la place d'une courte peine privative de liberté.
4.2.3 Le travail d'intérêt général ne peut être ordonné qu'avec l'accord de l'auteur. Le message du Conseil fédéral (Message 1998, p. 1830), justifie cette exigence en se référant à l'interdiction du travail forcé ou obli-

gatoire (art. 4 ch. 2 CEDH et Convention no 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire [RS 0.822.713.9]). Conformément à l'art. 2 al. 2 let. c de cette dernière convention, le travail d'intérêt général n'est cependant prohibé qu'en faveur de particuliers, compagnies ou personnes morales privées. Lorsque la prestation de travail est, en revanche, fournie sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques, il n'y a pas de travail forcé ou obligatoire. Il en va de même de la garantie des droits de l'Homme résultant de l'art. 4 ch. 2 CEDH qui tend avant tout à exclure certaines méthodes de rabaissement de la personne par le travail. Cette garantie protège ainsi de formes d'abus tout autres et ne s'oppose pas à un développement social et constructif du système des sanctions (v. Heike Jung, Sanktionensysteme und Menschenrechte, Berne 1992, p. 175 ss, spéc. p. 179 et les références; Message 1998, p. 2004 s.). Les conventions internationales ne s'opposent donc pas à une condamnation à un
travail d'intérêt général contre la volonté de l'intéressé. L'exigence légale de l'accord de l'intéressé tend ainsi avant tout à empêcher que celui-ci ne coupe court à son engagement faute de motivation (Message 1998, p. 1830; Brägger, op. cit., art. 37 CP, n. 8).

L'exigence d'un accord ne confère donc pas à l'intéressé un droit d'option en faveur de l'une ou l'autre sanction pénale, la peine pécuniaire en particulier. Le critère pertinent réside dans l'adéquation d'une sanction déterminée, ses effets sur l'auteur et l'environnement social de ce dernier ainsi que son efficacité préventive (cf. supra consid. 2.1). Le tribunal doit donc non seulement juger si l'intéressé est disposé à effectuer un travail d'intérêt général, mais s'il y est apte et en est capable.

Le tribunal doit offrir à l'auteur la possibilité d'un travail d'intérêt général s'il est apte au travail et, en principe, disposé à fournir cette prestation (Stratenwerth, AT II, § 3, n. 4 p. 80). Une requête expresse de l'intéressé n'est pas nécessaire (Message 1998, p. 1831). Dans la perspective de la clôture de la procédure par une ordonnance de condamnation, il peut apparaître judicieux de mentionner dans le procès-verbal de la procédure d'instruction que l'intéressé serait disposé, en cas de condamnation, à fournir un travail d'intérêt général (Brägger, op. cit., art. 37 CP, n. 8 in fine). Cela n'est toutefois pas indispensable car l'accord préalable n'est soumis à aucune forme. Il peut être tacite.
4.2.4 Le travail d'intérêt général n'est pas une sanction réservée exclusivement aux personnes exerçant une activité lucrative. Contrairement à d'autres ordres juridiques, la loi ne prévoit pas de motif d'exclusion de certaines catégories d'auteurs déterminées (Brägger, op. cit., art. 38 CP, n. 6 et les références). La peine de travail concerne ainsi toutes les catégories de condamnés pour autant que les conditions en soient réalisées et qu'elle apparaisse adéquate.

Le prononcé d'un travail d'intérêt général n'est cependant justifié qu'autant que l'on puisse au moins prévoir que l'intéressé pourra, cas échéant après l'exécution, poursuivre son évolution en Suisse. Car la réparation en faveur de la collectivité locale ainsi que le maintien du réseau social de l'intéressé sont l'essence même de la peine de travail. Lorsqu'il est d'avance exclu que l'étranger demeure en Suisse, ce but ne peut être atteint. Aussi, lorsqu'il n'existe déjà au moment du jugement, aucun droit de demeurer en Suisse ou lorsqu'il est établi qu'une décision définitive a été rendue sur son statut en droit des étrangers et qu'il doit quitter la Suisse, le travail d'intérêt général ne constitue pas une sanction adéquate. Il est exclu.

4.3 En l'espèce, il ressort tout d'abord de l'arrêt cantonal que le recourant a l'obligation de quitter le territoire suisse et que cette obligation peut se traduire à tout moment par un départ forcé (arrêt cantonal, consid. 3.3.b, p. 13). Il convient de souligner que contrairement à l'avis de la cour cantonale, cette seule circonstance s'oppose déjà au prononcé d'un travail d'intérêt général, cette sanction apparaissant inadéquate dans ces circonstances pour les motifs exposés ci-dessus.

La cour cantonale a cependant également exclu le prononcé d'une telle peine pour un autre motif. Elle a en effet jugé que le recourant avait déjà subi à deux reprises une telle sanction, sans que cela l'empêche de récidiver. Elle en a déduit que ce type de sanction n'avait pas eu l'effet dissuasif escompté. La cour cantonale a donc jugé cette sanction inadéquate, dans l'optique de la prévention individuelle. On ne saurait le lui reprocher (cf. supra consid. 3.1). Il s'ensuit que le refus de condamner le recourant à un travail d'intérêt général ne viole pas le droit fédéral.

Il reste encore à examiner si, en l'espèce, une peine pécuniaire entrait en considération.

5.
5.1 Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est fixée en jours-amende dont le tribunal fixe le nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Un jour-amende est de 3000 francs au plus. Le juge en arrête le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (al. 2).

L'art. 36 al. 1 CP, dispose que dans la mesure où le condamné ne paie pas la peine pécuniaire et que celle-ci est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, la peine pécuniaire fait place à une peine privative de liberté. La seule perspective que la peine pécuniaire ne puisse être exécutée ne doit cependant pas conduire a priori au prononcé d'une courte peine privative de liberté ferme. Une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général avec sursis s'imposent plutôt lorsque les conditions du sursis sont réalisées. Ni la situation économique de l'auteur ni le fait que son insolvabilité est prévisible ne constituent des critères pertinent pour choisir le nature de la sanction.

La peine pécuniaire ne se résume pas à la seule privation de moyens financiers. Son sens et son but résident dans la restriction apportée au standard de vie ainsi qu'aux possibilités de consommation qui en résultent. Selon le législateur, la peine pécuniaire doit aussi pouvoir être prononcée à l'encontre d'auteurs dont les revenus sont faibles, très faibles ou n'atteignent même pas le minimum vital, à défaut de quoi, des peines privatives de liberté seraient fréquemment infligées parce que la peine pécuniaire apparaîtrait inadéquate. Cela contredirait fondamentalement l'intention centrale à la base de la révision. En tant que la peine pécuniaire touche précisément à ce qui est nécessaire aux auteurs démunis pour vivre, elle est d'autant plus clairement sensible pour ces derniers. Il n'y a pas place non plus selon le Message pour une peine pécuniaire qui ne puisse être acquittée, sous réserve de la faute de l'auteur ou d'événements imprévisibles. C'est pourquoi le législateur a expressément renoncé à fixer un seuil minimal à la peine pécuniaire. Le prononcé d'une peine pécuniaire modique est ainsi possible à l'encontre des personnes ne réalisant qu'un faible revenu ou qui sont démunies, tels les bénéficiaires de l'aide sociale, les
personnes sans activité professionnelle, celles qui s'occupent du ménage ou encore les étudiants, par exemple (arrêt 6B 341/2007 du 17 mars 2008, destiné à la publication, consid. 5.2.3).

5.2 En l'espèce, après avoir constaté que le recourant était intégralement aidé par la FAREAS, qui prenait en charge son loyer ainsi que sa couverture d'assurance, la cour cantonale a constaté que le recourant disposait de 16 francs 80 par jour pour se nourrir et payer ses dépenses personnelles (arrêt entrepris, consid. 3.2.b, p.11 s.). Ce montant comprenait la rémunération réalisée mensuellement par le recourant pour des travaux de nettoyage. La cour cantonale en a déduit que le recourant dépendait pour sa survie d'une aide sociale calculée au plus juste et qu'il serait illogique de le condamner à une peine pécuniaire qui aurait pour conséquence de l'amener à se priver du nécessaire, voire de l'indispensable, sauf à le contraindre à la délinquance.

Comme on l'a vu ci-dessus, tout d'abord, la seule circonstance que le recourant bénéficie d'une aide sociale ne permet pas encore d'exclure qu'une peine pécuniaire apparaisse adéquate (v. supra consid. 5.1; v. également infra consid. 6.4.5). On peut également relever que le seul fait que, d'un point de vue économique, on puisse considérer que l'Etat finance de la sorte indirectement la peine pécuniaire n'est pas déterminant, compte tenu du but assigné à cette sanction (v. arrêt 6B 341/2007 du 17 mars 2008, destiné à la publication, consid. 5.2.4; cf. sur le but supra consid. 5.1 dernier paragraphe). Cela étant, il convient encore d'examiner si la cour cantonale pouvait exclure l'application d'une telle peine au recourant parce que cela le contraindrait à se priver du nécessaire, voire de l'indispensable, comme elle l'a jugé (arrêt cantonal, consid. 3.2, p. 11 s.), ce qui sous-entend qu'en-deçà d'un certain seuil de revenus, toute peine pécuniaire serait exclue.

6.
Dans un arrêt récent (arrêt 6B 366/2007 du 17 mars 2008, destiné à la publication aux ATF, consid. 5 et 6), le

Tribunal fédéral a exposé les principes qui président à la fixation de la quotité de la peine pécuniaire comme suit.

6.1 La fixation de la peine pécuniaire est réglée de la manière suivante par l'art. 34 CP:
1 Sauf disposition contraire de la loi, la peine pécuniaire ne peut excéder 360 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur.
2 Le jour-amende est de 3000 francs au plus. Le juge en fixe le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital.
3 Les autorités fédérales, cantonales et communales fournissent au juge les informations dont il a besoin pour fixer le montant du jour-amende.
4 Le jugement indique le nombre et le montant des jours-amende.

6.2 L'articulation des alinéas de l'art. 34 CP précise comment doit être fixée la peine. Cette opération intervient en deux phases différentes, qui doivent être strictement distinguées. Le tribunal détermine tout d'abord le nombre des jours-amende en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Il doit ensuite arrêter le montant du jour-amende en fonction de la situation personnelle et économique de l'auteur (al. 2). Le montant total de la peine pécuniaire résulte de la seule multiplication du nombre par le montant des jours-amende. Les deux facteurs doivent être fixés séparément dans le jugement (al. 4).

De cette manière, la fixation de la peine est plus transparente et contraint le juge à examiner de plus près ce que représente une somme déterminée pour l'auteur, dans sa situation financière concrète. En outre, la peine pécuniaire doit remplacer, dans le domaine des sanctions les moins graves en particulier, les peines privatives de liberté de courte durée. Elle ne se confond donc pas avec une simple amende (Günter Stratenwerth, AT II, § 2 n. 5, p. 64).

6.3 La détermination du nombre de jours-amende est fonction de la culpabilité de l'auteur (première phase). Il y a lieu d'appliquer la règle générale de l'art. 47 CP, selon laquelle le tribunal, hormis la faute au sens étroit (art. 47 al. 2 CP), doit prendre en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 al. 1 CP). Le nombre des jours-amende exprime la mesure de la peine. Pour l'hypothèse où la peine pécuniaire ne serait pas payée et ne pourrait vraisemblablement être recouvrée par voie de poursuite, la loi prévoit qu'un jour-amende correspond à un jour de privation de liberté (art. 36 al. 1 CP).

S'agissant de la fixation du nombre des jours-amende, il n'y a lieu de prendre en considération les circonstances personnelles et une éventuelle sensibilité accrue à la sanction au sens de l'art. 47 al. 1 CP qu'autant que ces éléments ne se rapportent pas à la situation financière actuelle de l'auteur. Car sa situation personnelle et financière au moment du jugement constitue déjà le critère déterminant la quotité du jour-amende, qui doit être dissocié strictement du facteur culpabilité. Une double prise en considération de la capacité financière, respectivement de la sensibilité à la peine, lors de la fixation du nombre des jours-amende et dans le calcul de leur montant est exclue (Dolge, op. cit., art. 34, n. 40).

6.4 La fixation du montant du jour-amende (deuxième phase) constitue le problème central de la fixation de la peine pécuniaire. Il s'agit d'individualiser le contenu sanctionnant du jour-amende. Dans une perspective comparative, on peut distinguer le principe dit « du revenu net » (Nettoeinkommensprinzip), d'autres méthodes axées sur la restriction apportée ou la détermination de ce qui est tolérable (Einbusse- oder Zumutbarkeitsprinzip). Selon le premier principe, il convient de partir en règle générale du revenu net que l'auteur peut ou aurait pu, en moyenne, réaliser quotidiennement (cf. § 40 al. 2 deuxième phrase du Code pénal allemand). Des corrections sont possibles en haut et au bas de l'échelle (Joachim Häger, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12e éd., Berlin 2006, § 40 n. 25 et 53 ss). On oppose à ce système celui fondé sur la restriction, dans lequel la peine pécuniaire doit être fixée de telle manière que l'on aboutisse, ni plus ni moins, à un nivellement des revenus à un seuil bas et comparable, proche du minimum vital, partant à une restriction sensible du niveau de vie (Ernst Eugen Fabrizy, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Wien 2006, § 19 n. 3 StGB; Rudolf Lässig, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch,
hrsg. von Frank Höpfel/Eckart Ratz, 2e éd., Vienne 2007, § 19 n. 8). Bien que les deux méthodes se soient

rapprochées en raison des cautèles apportées, la différence ne demeure pas sans incidence quant au minimum vital (cf. Gerhardt Grebing, Probleme der Tagessatz-Geldstrafe, ZstrW, 88/1976 p. 1062 ss, 1065; Sandro Cimichella, Die Geldstrafe im schweizerischen Strafrecht, Berne 2006, p. 61 ss).

Le projet du Conseil fédéral (art. 34 al. 2) prévoyait que le tribunal parte, pour fixer le montant du jour-amende, dans la règle, du revenu net que l'auteur réalisait en moyenne au moment du jugement. Le message rejetait résolument la méthode fondée sur la restriction, au motif que cela conduirait à exclure d'emblée le prononcé d'une peine pécuniaire à l'encontre des auteurs dont les revenus étaient les plus faibles. C'est pourquoi le montant du jour-amende ne devait pas être assimilé au revenu de l'auteur excédant son minimum vital du droit des poursuites (Message 1998, p. 1826).

La formulation reprise dans la loi, selon laquelle l'appréciation dépendait de la situation personnelle et économique, émane du Conseil des Etats qui s'est prononcé en premier et entendait conférer au tribunal un pouvoir d'appréciation plus étendu. Le Conseil national y ajouta différents critères (dont le minimum vital), sans toutefois les expliciter. Les Chambres fédérales se sont vivement opposées notamment en raison de la crainte exprimée que l'absence de seuil minimal conduise à des peines pécuniaires d'une quotité ridicule. La fixation d'un montant minimum du jour-amende fut finalement abandonnée. Ce nonobstant, l'idée que la peine pécuniaire devait rester applicable même aux personnes démunies n'a pas été contredite dans les débats parlementaires. La procédure législative ne fournit aucun indice que l'on ait voulu s'écarter du principe du revenu net ou même appliquer le système de la restriction (Dolge, op. cit., art. 34, n. 35 et 43 et les références aux travaux préparatoires; Martin Killias, Eine unlösbare Aufgabe: die korrekte Bemessung der Geldstrafe im Gerichtssaal, in: Brigitte Tag/Max Hauri [Hrsg.], Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zurich 2006, p. 109 [l'art. 34 al. 2 procède clairement du système
du revenu net]; cf. également Jürg Sollberger, Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZstrR 121/2003 p. 252 ss; le même, Die neuen Strafen des Strafgesetzbuches in der Übersicht, in: Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2e éd., Berne 2006, p. 41).

Le Tribunal fédéral a déduit du principe du revenu net et des critères légaux les règles suivantes pour la détermination de la quotité du jour-amende.
6.4.1 Le montant du jour-amende doit être fixé en partant du revenu que l'auteur réalise en moyenne quotidiennement, quelle qu'en soit la source, car c'est la capacité économique réelle de fournir une prestation qui est déterminante (cf. ATF 116 IV 4 consid. 3a p. 8). Constituent des revenus, outre ceux d'une activité lucrative dépendante ou indépendante, notamment les revenus d'une exploitation industrielle, agricole ou forestière, ainsi que les revenus de la fortune (loyers et fermages, intérêt du capital, dividendes, etc.), les contributions d'entretien de droit public ou privé, les prestations d'aide sociale ainsi que les revenus en nature (Message 1998, p. 1824).

Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait. Il en va ainsi des impôts courants, des cotisations à l'assurance-maladie et accidents obligatoire, ou encore des frais nécessaires d'acquisition du revenu, respectivement pour les indépendants, des frais justifiés par l'usage de la branche (Message 1998, p. 1824). Le principe du revenu net exige que seul le disponible excédant les frais d'acquisition du revenu soit pris en considération, dans les limites de l'abus de droit.

L'évaluation du revenu net peut, dans la règle, être effectuée sur la base des données de la déclaration d'impôt (cf. art. 34 al. 3 CP). La notion pénale de revenu au sens de l'art. 34 al. 2 CP ne se confond cependant pas avec celle du droit fiscal, ce qui peut notamment avoir une incidence pour les indépendants, les propriétaires d'habitations ou les bénéficiaires de bourses. Si les revenus fluctuent fortement, il est nécessaire de se référer à une moyenne représentative des dernières années, sans que cela remette en cause le principe selon lequel la situation déterminante est celle existant au moment où statue le juge du fait (art. 34 al. 2 deuxième phrase CP). Cette règle ne signifie en effet rien d'autre que le tribunal doit établir de manière aussi exacte et actuelle que possible la capacité économique de l'intéressé, en tenant compte si possible de la période durant laquelle la peine pécuniaire devra être payée. Il s'ensuit que les augmentations ou les diminutions attendues du revenu

doivent être prises en considération. Elles ne doivent toutefois l'être que si elles sont concrètes et imminentes (v. Dolge, op. cit. art. 34 n. 51; Cimichella, op. cit, p. 85; Häger, op. cit., § 40 n. 51).

Lorsque les revenus demeurent inférieurs aux montants que l'auteur pourrait raisonnablement réaliser ou auxquels il aurait droit (p. ex. en vertu des art. 164 ou 165 CC), il convient de partir d'un revenu potentiel (cf. ATF 116 IV 4 consid. 4d, p. 10; Stratenwerth, AT II, § 2 n. 8, p. 65). Quant à savoir ce qui serait raisonnablement réalisable, il y a lieu de tenir compte du train de vie adopté. Cette hypothèse doit être distinguée de celle où l'auteur ne fournit aucune indication - tout au moins crédible - sur ses revenus et où les informations fournies par les autorités (art. 34 al. 3 CP) sont insuffisantes. Un revenu hypothétique est alors évalué en fonction du train de vie (estimé) (Dolge, op. cit., art. 34 n. 55).
6.4.2 La loi mentionne encore la fortune comme critère d'évaluation. Il s'agit de la substance même du patrimoine, les fruits de ce dernier constituant déjà des revenus. La mesure dans laquelle l'étendue de la fortune influence la fixation du jour-amende résulte du sens et du but de la peine pécuniaire. Celui qui subvient à ses besoins par ses revenus courants, doit s'acquitter de la peine pécuniaire au moyen de ces derniers et se laisser ainsi restreindre dans son train de vie habituel, qu'il s'agisse de revenus du travail, de la fortune ou de rentes. Qu'il y ait ou non de la fortune ne justifie de la sorte respectivement ni augmentation ni diminution de la quotité du jour-amende. La peine pécuniaire tend en effet avant tout à toucher l'auteur dans ses revenus et non dans les sources de ces derniers. On ne voit pas non plus que l'auteur, qui par ses propres moyens ou en ayant par le passé renoncé à consommer a accumulé de la fortune, doive être moins bien traité que celui qui, dans le même temps, a consommé ses revenus. La peine pécuniaire ne peut tendre à la confiscation totale ou partielle de la fortune. Cette dernière ne doit donc être prise en compte qu'à titre subsidiaire pour fixer la quotité du jour-amende, lorsque la
situation patrimoniale, particulière, contraste avec un revenu comparativement faible. En d'autres termes, elle demeure significative lorsque l'auteur vit de toute façon de la substance même de sa fortune; cette dernière constitue un élément pertinent dans la mesure où l'auteur en tire sa subsistance quotidienne (Felix Bommer, Die Sanktionen im neuen AT StGB - Ein Überblick, in: Revision des Allgemeinenen Teils des strafgesetzbuches, Berne 2007, p. 21 ss: Stratenwerth, AT II, § 2, n. 11, p. 67, et les références citées).
6.4.3 Le critère du niveau de vie fournit un argument supplémentaire, lorsque la situation sur le plan des revenus doit être évaluée parce qu'elle ne peut être établie avec exactitude ou que l'auteur ne fournit que des informations insuffisantes ou imprécises. Une augmentation de la quotité du jour-amende est alors justifiée lorsqu'un train de vie ostensiblement élevé contraste avec des revenus significativement bas (Bommer, op. cit., p. 23; Dolge, op. cit., art. 34 n. 67-69; Sollberger, ZstrR 121/2003 p. 253 in fine).
6.4.4 La loi mentionne encore spécialement d'éventuelles obligations d'assistance, familiales en particulier. La raison en est que les membres de la famille ne doivent, autant que possible, pas être affectés par la restriction apportée au train de vie. Le revenu net doit être amputé des montants dus à titre d'entretien ou d'assistance, pour autant que le condamné s'en acquitte effectivement (Dolge, op. cit., art. 34 n. 70). Le tribunal peut, dans une large mesure, se référer aux principes du droit de la famille en ce qui concerne le calcul de ces montants (Message 1998, p. 1825).

D'autres charges financières ne peuvent être prises en compte que dans le cadre de la situation personnelle. Des engagements plus importants de l'auteur, préexistants et indépendants des faits (p. ex. des paiements par acomptes pour des biens de consommation), n'entrent en principe pas en ligne de compte. Si tout type d'engagement financier devait être déduit, l'auteur obéré ou tenu de s'acquitter d'acomptes ou par un leasing se verrait mieux traité que celui qui n'a pas de telles charges. En règle générale, les intérêts hypothécaires et les frais de logement ne peuvent pas être déduits (Bommer, op. cit., p. 24 s.).

Il n'y a pas lieu non plus de prendre en considération les obligations qui sont la conséquence directe ou indirecte des faits (dommages-intérêts, tort moral, frais judiciaires, etc.). Si l'auteur a reconnu le dommage et qu'il s'acquitte déjà avant le jugement de sommes en mains du lésé, cette circonstance doit être prise en compte dans le cadre du repentir et de la réparation du dommage pour fixer le nombre des jours-amende (art. 48 let. d CP) ainsi que dans le pronostic pour l'octroi du sursis à la peine pécuniaire (art. 42 al. 1 à 3 CP). Il est exclu d'en tenir compte cumulativement lors de la fixation du montant des jours-amende (Dolge, op. cit. art. 34 n. 84).

Des charges financières extraordinaires peuvent en revanche conduire à une réduction lorsqu'elles correspondent à des besoins financiers accrus résultant de la situation de l'auteur et indépendantes de sa volonté.
6.4.5 La loi se réfère, enfin, au minimum vital, dont la portée dans la fixation de la quotité du jour-amende demeure peu claire. On peut cependant conclure des travaux préparatoires que ce minimum vital ne correspond pas à celui du droit des poursuites et que la part insaisissable des revenus (art. 93 LP) ne constitue pas une limite absolue. S'il fallait, dans chaque cas, établir le minimum vital du droit des poursuites et que seul soit disponible l'excédent, un cercle étendu de la population (personnes en formation, étudiants, conjoints s'occupant du ménage, chômeurs, bénéficiaires de l'assistance sociale, requérants d'asile, marginaux, etc.) serait exclu de la peine pécuniaire. Cela n'était précisément pas la volonté du législateur (v. supra consid. 5.1).
6.4.6 Telle qu'elle est conçue dans la loi, la peine pécuniaire ne doit pas non plus être exécutée prioritairement par voie de poursuite, mais bien par un paiement spontané. La poursuite ne doit être introduite que si l'auteur ne s'acquitte pas de la peine pécuniaire dans le délai imparti et qu'un résultat puisse en être attendu (art. 35 al. 3 CP). Il importe par ailleurs que de l'avis du législateur la peine pécuniaire doit, dans la règle, être assortie du sursis, partant son exécution suspendue (art. 42 al. 1 CP). Il s'ensuit que le jour-amende n'est pas limité au revenu qui pourrait vraisemblablement être retiré dans une poursuite. La doctrine est largement unanime sur ce point (Franz Riklin, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZstrR 122/2004 p. 180; Sollberger, ZstrR 121/2003 p. 253; le même, Die neuen Strafen, p. 40; Dolge, op. cit., art. 34 n. 74; Bommer, op. cit., p. 23 s.; Cimichella, op. cit., p. 172 s.; d'un autre avis: Stratenwerth. AT II, § 2, n. 9 p. 66; v. cependant, le même, Das neue Recht - eine Herausforderung für die Praxis, in: Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, Berne 2007, p. 210).
6.4.7 Le revenu net ainsi défini en droit pénal constitue donc le point de départ pour fixer la quotité du jour-amende, même pour les personnes à faible capacité de revenu. La référence au minimum vital fournit cependant au tribunal un motif justifiant de s'écarter du principe du revenu net et lui permet d'arrêter le montant du jour-amende à un niveau sensiblement inférieur. Le minimum vital a ainsi, comme le critère du niveau de vie, une fonction corrective (cf. Sollberger, ZstrR 121/2003, p. 253 in fine). C'est dans ce contexte qu'il convient de se demander si un éventuel montant minimal du jour-amende est nécessaire pour que le condamné perçoive la sanction comme sérieuse et importante. Les propositions parlementaires en faveur d'un montant minimal (jusqu'à 50 francs) ont en définitive été écartées en référence au pouvoir d'appréciation du juge. Il y a sur ce point un choix délibéré du législateur qui exclut que l'on fixe un seuil minimal au montant du jour-amende.

Dans le cadre du pouvoir d'appréciation conféré par la loi, il convient cependant de tenir compte du but et de la portée de la peine pécuniaire dans le système des sanctions pénales. Sur un pied d'égalité avec la peine privative de liberté, le jour-amende ne doit pas être rogné à un point tel qu'il n'aurait d'autre valeur que symbolique, au risque que la peine pécuniaire soit perçue comme inadéquate et que l'on doive fréquemment prononcer une peine privative de liberté. Cela irait à l'opposé de l'intention centrale de la révision.

Pour les condamnés qui vivent en-dessous ou au seuil du minimum vital, le jour-amende doit être réduit dans une telle mesure que, d'une part, le caractère sérieux de la sanction soit rendu perceptible par l'atteinte portée au niveau de vie habituel et que, d'autre part, l'atteinte apparaisse supportable au regard de la situation personnelle et économique. Un abattement du revenu net de la moitié au moins apparaît adéquat à titre de valeur indicative. Pour une peine ferme, ce sont avant tout les facilités de paiement accordées par l'autorité d'exécution (art. 35 al. 1 CP) qui doivent permettre de pallier une charge excessive. Lorsque le nombre des jours-amende est considérable - en particulier au-delà de 90 jours-amende - une réduction supplémentaire de 10 à 30% est indiquée car la contrainte économique, partant la pénibilité de la sanction, croît en proportion de la durée de la peine (Häger, op. cit., § 40 n. 60; Dolge, op. cit., art. 34 n. 48 et 85 et les références). La situation financière concrète est toujours déterminante. La fixation de la quotité du jour-amende dans le cas concret procède d'un pouvoir d'appréciation exercé avec soin.
6.4.8 Indépendamment de l'exception importante réalisée lorsque le condamné est au seuil du minimum vital, une réduction ou une augmentation de la quotité du jour-amende eu égard au montant total de la peine pécuniaire est, par principe, exclue. Le pouvoir d'appréciation qui s'exerce pour fixer la peine ne s'étend pas à un contrôle a posteriori du montant de la peine pécuniaire. Il n'est, en particulier, pas admissible, lorsque le nombre de jours-amende est faible, d'augmenter la quotité de ceux-ci au motif que la somme totale serait sans commune mesure avec l'acte reproché. Cela viderait de son sens le système des jours-amende.

6.5 En l'espèce, il ressort de l'arrêt cantonal que le recourant était intégralement aidé par la FAREAS, qui prenait en charge son loyer ainsi que sa couverture d'assurance. La cour cantonale a constaté que le recourant disposait de 16 francs 80 par jour pour se nourrir et payer ses dépenses personnelles (arrêt entrepris, consid. 3.2.b, p.11 s.). Ce montant comprenait la rémunération réalisée mensuellement par le recourant pour des travaux de nettoyage.

Ce montant est certes faible. Selon les constatations de fait du jugement de première instance (jugement, consid. 1, p. 5), auxquelles renvoie l'arrêt cantonal (arrêt entrepris, consid. B, p. 2), les dépenses personnelles de l'intéressé comprenaient cependant, outre la nourriture et l'habillement, des frais de téléphone portable avec des communications internationales ainsi que des dépenses occasionnées par la fréquentation de boîtes de nuit et les déplacements y relatifs. Cela permet déjà de constater qu'il demeure une certaine marge dans le train de vie du recourant sur laquelle peut s'exercer la restriction induite par la peine pécuniaire, qui n'est donc pas exclue a priori, si l'on tient compte notamment des différentes possibilités d'abattement, justifiées par la situation économique de l'intéressé ainsi que la durée de la peine qui entre en ligne de compte.

7.
Il reste, enfin, à examiner si la peine pécuniaire peut être exécutée au sens de l'art. 41 al. 1 CP. Dans l'arrêt 6B 366/2007 précité, destiné à la publication, le Tribunal fédéral a encore exposé les principes suivants sur cette question dite du pronostic négatif quant à l'exécution (consid. 8).

7.1 La formulation d'un pronostic sur la possibilité d'exécuter la peine pécuniaire suppose que les éléments de cette dernière soient fixés. Le nombre et le montant des jours-amende doit être arrêté conformément aux principes rappelés ci-dessus, qui ressortent de l'art. 34 al. 1 et 2 CP et un pronostic ne peut être formulé que sur la base de ces éléments concrètement déterminés. Lorsque ce pronostic est défavorable, une courte peine privative de liberté ferme doit être prononcée, car la loi réserve expressément la peine pécuniaire pour cette hypothèse, afin de « garantir à l'Etat l'exercice de son droit de répression » (Message 1998, p. 1849).

7.2 L'évaluation des perspectives d'exécution de la peine doit principalement tenir compte des modalités d'exécution. Il est vrai que l'autorité d'exécution des peines est compétente pour l'octroi ou la prolongation de délais de paiement (art. 35 al. 1 CP) ainsi que pour ordonner le paiement immédiat ou la fourniture de sûretés (art. 35 al. 2 CP). Dans son pronostic, le juge n'en doit pas moins se pencher par avance sur les questions d'exécution pour évaluer les perspectives de succès de celle-ci. Il convient de tenir compte, dans ce contexte, du fait que l'exécution de la peine pécuniaire doit prioritairement intervenir par un paiement spontané. La peine pécuniaire n'est exécutée par la voie de la poursuite que si le paiement n'est pas effectué dans le délai imparti et qu'un résultat puisse en être attendu (cf. art. 35 al. 3 et art. 36 al. 1 CP). La loi garantit en outre l'exécution de la peine pécuniaire par la menace d'une peine privative de liberté de substitution, ce qui doit induire sur le condamné la pression nécessaire. Il y a, par ailleurs, lieu de prendre en considération dans le pronostic le titre auquel l'intéressé séjourne en Suisse. Une décision de renvoi en force au moment du jugement peut faire apparaître
l'exécution de la peine pécuniaire comme compromise. On ne peut cependant conclure du seul fait qu'une expulsion ou un renvoi (Ausschaffung) apparaît certain que la peine pécuniaire ne pourra pas être exécutée. Lorsque la peine pécuniaire peut être exécutée dans son intégralité immédiatement, respectivement jusqu'à l'échéance du délai de renvoi, l'exécution de la peine pécuniaire n'est absolument pas mise en péril. Le juge doit, en conséquence, examiner si le condamné peut, dans cet intervalle, s'acquitter de la peine pécuniaire sur son revenu ou cas échéant sur sa fortune ou encore s'il peut fournir des sûretés. Le juge peut en recevoir le paiement même en cours d'audience. Conformément à l'art. 35 al. 2 CP, seule l'autorité d'exécution peut exiger le paiement immédiat ou demander des sûretés s'il existe de sérieuses raisons de penser que le condamné veut se soustraire à la peine pécuniaire. Cette disposition n'exclut pourtant pas que le tribunal reçoive le paiement pour l'autorité d'exécution. Ce pronostic suppose enfin que l'on détermine si des conventions internationales permettent l'exécution de la peine pécuniaire à l'étranger. Ces considérations relatives à l'exécution immédiate des peines pécuniaires n'ont cependant de
raison d'être que pour autant qu'il soit clairement établi au moment du jugement que l'auteur n'est pas ou plus

autorisé à séjourner en Suisse. Tant qu'aucune décision sur ce point n'est définitive, il n'y a pas d'éléments suffisants pour poser le pronostic qu'un éventuel renvoi de Suisse pourrait empêcher l'exécution de la peine pécuniaire. Dans de telles hypothèses, il y a lieu de s'en tenir à la sanction ordinaire de la peine pécuniaire, même si l'on ne peut totalement exclure que son exécution soit compromise (cf. arrêt 6B 341/2007 du 17 mars 2008, consid. 7.4.2, destiné à la publication).

7.3 En l'espèce, il est établi que le recourant n'a pas de titre de séjour, et les autorités cantonales en ont conclu que son obligation de quitter le territoire suisse pouvait se traduire à tout moment par un départ forcé. On ignore cependant concrètement si un terme a déjà été fixé à son renvoi et le dossier, qui ne contient aucune pièce relative à la procédure administrative en matière de droit des étrangers, ne fournit aucune indication sur ce point. Il n'est donc pas possible de trancher définitivement, en l'état, le point de savoir si une peine pécuniaire pourrait ou non être exécutée.

8.
Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis dans la mesure où le refus d'infliger au recourant une peine pécuniaire repose sur des motifs qui ne sont pas conformes au droit fédéral. La cause doit être renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle détermine tout d'abord le nombre, puis le montant des jours-amende. Elle tiendra compte, sur ce dernier point des différentes possibilités d'abattement justifiées par la situation économique du recourant et la durée de la peine qui entre en considération. Elle examinera, enfin, si cette peine apparaît concrètement exécutable en l'espèce au regard de la situation en Suisse du recourant. Le recours est rejeté pour le surplus.

9.
Le recourant obtient partiellement gain de cause. Il peut prétendre une indemnité de dépens réduite (art. 68 al. 1 LTF). La demande d'assistance judiciaire est sans objet dans cette mesure. Pour le surplus, en tant qu'il portait sur les questions du sursis et du travail d'intérêt général, le recours était dénué de chances de succès. La demande d'assistance judiciaire est rejetée dans cette mesure (art. 64 al. 1 LTF). Le recourant supporte des frais réduits en raison de l'issue du recours et de sa situation financière particulièrement défavorable (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF). La demande d'effet suspensif est sans objet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis partiellement et l'arrêt attaqué est annulé en tant qu'il confirme le prononcé d'une peine privative de liberté. Il est rejeté pour le surplus. La cause est renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle rende une nouvelle décision au sens des considérants.

2.
La requête d'assistance judiciaire est rejetée dans la mesure où elle n'est pas sans objet.

3.
Les frais judiciaires, arrêtés à 400 francs, sont mis à la charge du recourant.

4.
Le canton de Vaud versera au recourant une indemnité de dépens de 1500 francs.

5.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale.
Lausanne, le 13 mai 2008
Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Schneider Vallat