

La fixation de la peine en droit pénal suisse à la lumière de quelques constats empiriques

Jean-Luc Bacher*/Manon Jendly**

* Docteur en droit et criminologue, chargé de cours à l'Université de Lausanne et à la HEG-Arc à Neuchâtel.

** Docteure en droit, Professeure associée à l'Université de Lausanne.

Table des matières

| | | |
|------|--|----|
| I. | L'introduction | 35 |
| II. | Les articles 63 aCP et 47 CP | 35 |
| III. | L'évolution chiffrée de l'intervention du TF en matière de fixation des peines | 36 |
| IV. | Les raisons probables de ces interventions croissantes | 38 |
| | A. Les imprécisions de la loi | 38 |
| | B. Le souci d'uniformisation et de rationalisation | 39 |
| | C. La promotion de la prévention spéciale | 40 |
| | D. Le rôle que le TF veut se donner dans le système judiciaire suisse | 40 |
| V. | Les possibles effets pervers des interventions du TF | 40 |
| VI. | Les effets mesurables de la jurisprudence du TF en matière de fixation de la peine | 42 |
| VII. | La conclusion | 45 |

Bibliographie

ARZT GUNTHER, Strafzumessung – Revolution in der Sackgasse, recht 12/1994, 141-155, 234-248 (Strafzumessung); CONSEIL DE L'EUROPE, Disparités dans le prononcé des peines : causes et solutions, 8^e Colloque criminologique, Strasbourg 1987 (Disparité); DURKHEIM EMILE, De la division du travail social, 8^e éd., Paris 1967 (Division du travail social); LINIGER MIRANDA, Le contrôle de la fixation de la peine dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, SJ 118/1996, 565-593; PAREIN LOIC, La fixation de la peine – De l'homme coupable à l'homme capable, thèse, Bâle 2010 (Fixation de la peine); PIGUEREZ GERARD, La motivation des décisions de justice, in : Donatsch Andreas/Schmid Niklaus (édit.), Strafrecht und Öffentlichkeit : Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag, Zurich 1996, 251-267 (Motivation); QUELOZ NICOLAS, Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine : faut-il vraiment clouer les juges fédéraux au pilori?, RPS 116/1998, 136-173 (RPS 1998); REHBERG JÖRG, Strafrecht II : Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 6^e éd., Zurich 1994 (Strafrecht II); SALEILLES RAYMOND, L'individualisation de la peine, Étude de criminalité sociale, Paris 1898; SCHULTZ HANS, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches « Einführung und Anwendung des Gesetzes » des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Berne 1987; SIMMONS RIC, Big Data and Procedural Justice : Legitimizing Algorithms in the Criminal Justice System, Ohio State Journal of Criminal Law, 15(2)/2018, 573-581; STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen, Berne 1989 (Strafrecht II); TRECHSEL STEFAN, Strafzumessung bei Verkehrsstrafsachen, insbesondere bei SVG Art. 91 Abs. 1, in : Universität Bern (édit.), Berner Tage für die juristische Praxis 1974, Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, Berne 1975, 71 ss.

Travaux préparatoires

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 21 septembre 1998 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, FF 1999 1787-2221 (Message CP).

I. L'introduction

La présente fait écho à deux contributions d'importance de Queloz consacrées à la jurisprudence du TF en matière de fixation et de motivation des peines. Il s'agit, d'une part, d'un article paru en 1998 dans la Revue pénale suisse rédigé sur la base de l'art. 63 aCP¹ et, d'autre part, du commentaire de l'art. 47 CP, qui a remplacé l'art. 63 aCP en 2007, co-signé avec HUMBERT dans le Commentaire romand, édité en 2009². Dans ces deux articles, Queloz relève des changements importants de la jurisprudence du TF en cette matière, dès le début des années 1990, après de longues années d'une constance qu'il qualifie d'« inébranlable » jusqu'à la fin des années 1980³. Il évoque alors plusieurs raisons à l'appui de cette évolution et y livre son analyse de la situation, qui se situe à la croisée du droit pénal et de la politique criminelle (comparée).

Nous nous proposons de revenir sur ses réflexions en explorant la question de savoir si les tendances relevées en 1998, puis en 2008, se confirment ou sont plutôt infirmées par la pratique. À cet effet, nous revenons dans un premier temps sur la teneur des articles précités et sur l'importance quantitative des décisions du TF en matière de détermination des sanctions. Nous nous intéressons ensuite aux causes de l'évolution marquée de cette jurisprudence, dont certaines se voient ici confirmées après avoir été identifiées en 1998, respectivement en 2008. Nous discutons enfin des effets de cette évolution mais plus particulièrement des effets pervers de celle-ci, qui, pour partie, avaient déjà été identifiés ou annoncés dans les contributions précitées.

II. Les articles 63 aCP et 47 CP

Tel que le souligne le législateur, la teneur des art. 63 aCP⁴ et 47 CP est relativement similaire⁵. Le TF le rappelle d'ailleurs en ces termes : « La fixation de la peine est régie par l'art. 47 CP, qui correspond à l'art. 63 aCP et à la jurisprudence y relative. Cette disposition pose le principe que la peine doit être fixée d'après la culpabilité de l'auteur et, à cette fin, énumère, de manière non limitative, une série de critères, qui n'étaient pas formellement prévus à l'art. 63 aCP mais dont la jurisprudence rendue en application de cette disposition exigeait qu'ils soient pris en compte [...] »⁶.

1 Cf. QUELOZ, RPS 1998.

2 Cf. CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, art. 47.

3 QUELOZ, RPS 1998, 139.

4 Code pénal suisse en vigueur jusqu'au 31.12.2006.

5 Cf. Message CP, FF 1999 1866 s.

6 ATF 129 IV 6, c. 6.1; 128 IV 73, c. 4; TF, arrêt du 18.1.2008, 6B_664/2007; TF, arrêt du 27.10.2007, 6B_472/2007, c. 8.1; TF, arrêt du 19.9.2007, 6B_264/2007, c. 4.5.

4 De fait, l'art. 47 CP⁷ « n'amène pas de grands bouleversements, il a le mérite de codifier des critères jusque-là précisés par la doctrine et par la jurisprudence »⁸. Sont toutefois notables les nouveautés suivantes : l'alinéa premier prévoit que le juge doit prendre en considération l'effet de la peine sur l'avenir du condamné et l'al. 2 énonce les éléments constitutifs objectifs de la culpabilité (gravité de la lésion et le caractère répréhensible de l'acte), ainsi que les éléments subjectifs qui contribuent à déterminer la culpabilité de l'auteur (les motivations et buts de l'auteur ainsi que la mesure dans laquelle il aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion)⁹. C'est dans ce cadre que le TF examine non seulement si le juge cantonal a dépassé son pouvoir d'appréciation, mais aussi, si en fixant la quotité de la sanction, il a bel et bien tenu compte desdits critères¹⁰.

III. L'évolution chiffrée de l'intervention du TF en matière de fixation des peines

5 Depuis l'entrée en vigueur du CP, le TF s'est montré très réservé dans l'exercice de son pouvoir de contrôle de l'application de l'art. 63 aCP¹¹, tel qu'il l'affirme sans ambages en 1942 : « La mesure de la peine correspondant à la faute dans les limites légales est affaire d'appréciation. Elle échappe au contrôle de la cour de cassation »¹². Et de poursuivre 38 ans plus tard à propos de cette cour qu'elle « s'impose une grande retenue pour contrôler l'usage que l'autorité cantonale fait du large pouvoir d'appréciation qui lui appartient en vertu de l'art. 63 CP »¹³.

6 Pour illustrer la tendance alors récente du TF à s'impliquer davantage dans la tâche de fixer les peines, Queloz s'appuie en 2009 sur quelques statistiques. Il constate que la jurisprudence du TF relative à la fixation de la peine s'est considérablement développée et est devenue plus exigeante, voire restrictive quant à la liberté d'appréciation des instances cantonales. Il observe aussi que le pouvoir de contrôle du TF s'est nettement renforcé, quantitativement et qua-

7 Al. 1 : « 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. 2 : « 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 ».

8 CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, art. 47 N 7.

9 Cf. PAREIN, Fixation de la peine.

10 Cf. Message CP, FF 1999 1866.

11 QUELOZ, RPS 1998, 139.

12 ATF 68 IV 16, JdT 1942 IV 376.

13 ATF 106 IV 349.

litativement, suscitant d'ailleurs de vives critiques des juges, des cantons et de la doctrine¹⁴. Pour appuyer son propos, il relève que, de 1942 à 1989, soit pendant 48 années, seuls 16 ATF portent sur l'art. 63 aCP, ce qui correspond à 1 ATF tous les 3 ans. Sur ces 16 arrêts, 3 seulement ont admis le pourvoi en entier ou en partie, ce qui représente 19% du tout. Puis, entre 1990 et 1996, il dénombre 35 ATF sur le même sujet, pour une moyenne de 5 ATF par année. Sur ces 35 ATF, 20 ont admis en entier ou en partie le pourvoi, ce qui correspond au 55.5% du tout¹⁵.

7 Si l'on considère, sur la base de la banque des arrêts publiés du TF, la production d'arrêts relative à l'art. 63 aCP, sans considérer les arrêts portant spécifiquement sur la question particulière de la peine d'ensemble, il appert qu'entre 1997 et 2006, elle ne s'élève qu'à 18 ATF, ce qui représente une moyenne annuelle de 1,8 arrêt. Puis, pour la période de 2007 à 2018, seuls 9 ATF ont trait à l'art. 47 CP, ce qui représente une moyenne de 0,75 arrêt par an. Ces derniers chiffres donnent toutefois une image tronquée de la production du TF de ces dernières années en matière de fixation de la peine. En effet, si l'on effectue un décompte des arrêts où il est question de l'art. 47 CP, dans la rubrique **Autres arrêts** du site internet du TF pour les années 2007 à 2018¹⁶, on en dénombre 508 et, avec le mot clé *47 StGB*, sur la même période, 258. De plus, avec les mots-clés **Fixation de la peine**, **Commisurazione della pena** et **Strafzumessung**, on dénombre pour la même période de 12 ans respectivement 713, 64 et 1376 correspondances. Ces derniers chiffres permettent de constater qu'en plus d'avoir produit quelques arrêts qui font jurisprudence et méritent donc de faire partie du recueil des ATF, le TF est intervenu très souvent sur la fixation des peines, ces dernières années dans ses autres arrêts qui eux ne sont pas publiés au recueil des ATF.

8 En tout état de cause, après avoir précisé dans les années 90 les règles applicables en matière de fixation de la peine, le TF s'est par la suite souvent vu demander, par voie de recours, de vérifier l'application de ces règles par les instances judiciaires inférieures (cantons et TPF). Si les « nouvelles » règles sur la fixation de la peine ont donc fourni matière à de nombreux recours au TF, cela ne veut pas dire pour autant qu'il les ait le plus souvent accueillis, comme nous le verrons plus loin (N 21 ss).

14 QUELOZ, RPS 1998, 139.

15 QUELOZ, RPS 1998, 139 n. 10.

16 Période pour laquelle l'inventaire des arrêts est apparemment complet, contrairement à ce qu'il en est pour la période entre 2000 et 2007.

IV. Les raisons probables de ces interventions croissantes

Dès 1998, Queloz s'est largement penché sur les raisons à l'origine de l'« interventionnisme » croissant du TF en matière de fixation des peines. Les principales motivations qu'il identifie ont trait à des imprécisions de la loi, à un souci d'uniformisation de la jurisprudence et à une quête de légitimité des décisions qui sont rendues, pour maintenir la confiance du public dans les institutions pénales. Elles se rapportent aussi à l'idée de privilégier un objectif de prévention spéciale et au rôle que le TF semble vouloir se donner dans le système judiciaire suisse.

A. Les imprécisions de la loi

Le changement progressif de jurisprudence en matière de détermination de la sanction s'explique d'abord par une volonté de dissiper deux types d'imprécisions de la loi. Les premières renvoient à des notions réputées trop abstraites, telles que la culpabilité, les antécédents ou la situation personnelle qu'il est alors estimé opportun de mieux définir. Les deuxièmes concernent la méthode ou la logique devant être suivie pour fixer non pas seulement le genre, mais aussi la quotité de la peine. Dans ces conditions, il a semblé utile au TF d'améliorer la contrôlabilité des décisions prises par les instances inférieures en précisant les exigences, pas très explicites au vu de la loi, devant être respectées en matière de motivation des peines infligées¹⁷. Pour le Prof. Schultz, dans son avant-projet de révision de la partie générale du code pénal et en particulier du droit des sanctions, il était urgent que le TF se voit donner les possibilités de contrôler la détermination de la peine, phase si cruciale du jugement pénal. Pour ce faire, il était d'avis qu'il fallût rechercher une règle fondamentale quant à la fixation des peines qui soit assez précise pour que toute entorse dans son application soit considérée comme une violation du droit fédéral¹⁸. Quant aux termes méritant éclaircissement, il appert que Stratenwerth a eu une grande influence sur le TF¹⁹. Il a en effet approfondi dans ses écrits nombre de notions estimées trop abstraites, comme celle de culpabilité, de même que les facteurs qui permettent de l'apprécier, comme le degré d'illicéité de l'acte, l'intensité de l'intention criminelle, la nature des mobiles de l'auteur ou encore la notion d'antécédents, ces derniers critères étant considérés comme pertinents sous l'angle de la prévention spéciale.

17 QUELOZ, RPS 1998, 142.

18 SCHULTZ, 122 s.

19 Cf. STRATENWERTH, Strafrecht II.

B. Le souci d'uniformisation et de rationalisation

Une autre raison qui explique cette évolution consiste en la volonté du TF de donner suite aux critiques de la doctrine décriant des disparités flagrantes entre des peines prononcées pour des infractions similaires²⁰. À cet égard, Queloz prend appui sur des données chiffrées de l'Office fédéral de la statistique pour démontrer combien des infractions aussi répandues que le vol ou la conduite en état d'ébriété peuvent donner lieu à des sanctions très différentes d'un canton à l'autre²¹. Il note par ailleurs, à l'époque, que ce manque d'uniformité dans les sanctions constitue aussi une préoccupation du Conseil de l'Europe qui lui consacre en 1987 son 8^e Colloque criminologique²². En Europe justement, la recherche de plus de cohérence dans la fixation des peines est également motivée, dès les années 90, par le souci de renforcer la confiance en le système pénal et les peines qu'il inflige. Une recommandation du Conseil de l'Europe invite en ce sens les États membres à « obliger les tribunaux à motiver concrètement leurs décisions, de façon plus approfondie encore lorsqu'ils prononcent une peine privative de liberté »²³.

D'ailleurs, comme la détermination de la peine d'alors était réputée plus ou moins irrationnelle, si ce n'est arbitraire ou illogique, il semblait communément admis de falloir remédier à ce que le juge pénal s'en remette simplement à son intuition ou à ses sentiments personnels²⁴. À ce propos, et même s'il observe que cela n'a pas eu d'effet sur les jurisprudences en matière de fixation de la peine, Queloz relève que Trechsel proposait déjà un modèle destiné à déterminer une « peine-norme » sur la base des critères liés à la culpabilité, chacun d'entre eux étant pondéré, puis à établir une liste de caractéristiques essentielles relatives à la prévention spéciale afin de pouvoir l'adapter aux qualités de l'auteur de l'infraction, en attribuant un coefficient de pondération maximum pour chacune des circonstances pertinentes d'aggravation ou d'atténuation de la peine²⁵. C'était là déjà une tentative d'établir non seulement une certaine méthode dans la fixation de la peine, mais aussi les bases d'une quantification des critères devant être pris en considération.

20 QUELOZ, RPS 1998, 143.

21 *Idem*, 138.

22 *Idem*, 148 ; v. ég. CONSEIL DE L'EUROPE, Disparité.

23 Recommandation N R (92)17 relative à la cohérence dans le prononcé des peines, adoptée par le Comité des Ministres le 19.10.1992.

24 QUELOZ, RPS 1998, 143 s.

25 Cf. TRECHSEL, Strafzumessung ; QUELOZ, RPS 1998, 144.

C. La promotion de la prévention spéciale

Le glissement progressif d'une sanction visant la prévention générale vers un objectif de prévention spéciale constitue une troisième raison susceptible d'expliquer pour partie l'intervention grandissante du TF. On trouve à son origine là encore les travaux de Schultz. Dans son avant-projet de révision de la partie générale du code pénal et en particulier du droit des sanctions, ce dernier met en effet l'accent sur l'interdiction des peines excessives motivées par la prévention générale et sur l'importance de pouvoir, au besoin, infliger une peine plus douce que ce que commanderait la culpabilité pour favoriser cet objectif de prévention spéciale qui est de détourner le condamné de la récidive²⁶.

Après l'avant-projet Schultz, la sous-commission « Sanctions », qui a siégé de 1987 à 1991, a repris les propositions de celui-ci en recommandant précisément que le juge certes « mesure la peine selon la culpabilité de l'auteur » mais qu'il prenne aussi spécifiquement « en considération l'effet de la peine sur l'avenir » de celui-ci²⁷.

D. Le rôle que le TF veut se donner dans le système judiciaire suisse

Enfin, il semble assez clair que le TF ait cherché dès la fin des années 80 à promouvoir une application plus uniforme du droit fédéral dans tous les cantons en vue de réduire les disparités de pratiques les plus frappantes et d'assurer ainsi une meilleure égalité de traitement de tous les citoyens. De façon plus générale, la Cour de cassation du TF semble avoir estimé nécessaire d'exercer plus rigoureusement son pouvoir de contrôle et de rendre les juges cantonaux plus attentifs à la question de la détermination de la peine. Le TF s'est en particulier montré plus exigeant dans l'application de l'art. 63 aCP.

V. Les possibles effets pervers des interventions du TF

Les changements intervenus dans la jurisprudence en matière de fixation de la peine dès les années 90 présentent sans conteste un certain nombre d'avantages, comme celui de préciser les critères devant être pris en considération par le juge, de mieux structurer sa méthode de travail et d'améliorer la motivation justifiant les peines infligées. Il n'empêche que cette jurisprudence comporte aussi des inconvénients non négligeables, déjà dénoncés à l'époque par plusieurs juges et chercheurs²⁸.

26 SCHULTZ, 122 s.; QUELOZ, RPS 1998, 146.

27 Rapport concernant la révision de la Partie générale et du Troisième livre du Code pénal ainsi qu'une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, établi sur la base du rapport final de la commission d'experts, Berne 1993.

28 QUELOZ, RPS 1998, 162 ss.

Tout d'abord, les exigences dorénavant posées en matière de détermination de la peine, notamment la liste des critères qui peuvent être pris en compte par le juge, ont pour effet de faire naître l'illusion de modes de fixation des peines toujours plus précis et exacts. Toutefois, il est difficile d'assurer une grande précision comme les juges des faits disposent d'une large marge d'appréciation notamment pour conférer aux divers critères devant être prise en considération le poids relatif qui leur paraît justifié. De même, le souci d'infliger une peine qui puisse dissuader l'auteur de récidiver et éviter de compromettre son processus d'amendement peut produire une certaine diversité de résultats car il n'en va pas d'une science exacte.

Mais le principal inconvénient d'une intervention « par le haut » visant à uniformiser les peines en matière de *sentencing* réside dans le fait qu'il n'est pas tenu compte des différences irréductibles qu'il y a, à l'intérieur d'un État fédéraliste, entre les politiques criminelles respectives des cantons qui le composent. Les différences entre cantons résultent en particulier des diverses formes de criminalité auxquelles ils sont respectivement confrontés. Ainsi, il paraît légitime que les cantons qui sont aux prises avec le crime organisé soient portés à punir plus rigoureusement l'appartenance à une organisation criminelle que les cantons qui ne connaissent cette forme de criminalité que très rarement. Ces premiers cantons poursuivraient alors un objectif justifié, même si techniquement il relève plutôt de la prévention générale, que de la spéciale. Dans un système judiciaire comme celui de la Suisse, les différences entre cantons sont d'autant plus légitimes que l'essentiel du système et donc la plupart des tribunaux suisses relèvent des cantons²⁹. D'ailleurs, dans les années 90, les juges pénaux du TF alors partisans d'une certaine uniformisation des peines, présumaient déjà que celle-ci se heurterait aux différences régionales façonnées par des environnements socio-culturels différents³⁰. L'uniformisation des peines à l'échelle de tout le pays n'est nullement commandée par le principe de l'égalité de traitement car celui-ci n'impose pas de condamner de façon similaire des individus qui se trouvent dans des contextes socio-culturels différents, où sont appréhendées diversement les mêmes infractions. En revanche, le respect des minorités et de leurs différences culturelles exige sans doute un effort de différenciation, pour éviter que ces minorités aient à rendre la justice selon une mentalité, une *Weltanschauung* ou une politique qu'elles ne partagent pas.

29 CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, art. 47 N 11.

30 QUELOZ, RPS 1998, 163.

19 Tel que le souligne Arzt, une telle uniformisation des peines peut aussi menacer, au-delà du pouvoir d'appréciation dont dispose le juge des faits, le respect du principe de l'immédiateté de l'appréciation des preuves (qu'il appartient au juge des faits de mettre en œuvre) et le haut degré d'individualisation des peines que le système pénal veut garantir³¹. Et d'aucuns, comme Rehberg, d'aller jusqu'à se demander si, par sa jurisprudence, le TF ne tentait pas de se substituer au législateur³².

20 Enfin, si tant est qu'il faille uniformiser la politique criminelle de la Suisse en matière de fixation des peines, il ne semble pas très opportun de confier la définition de cette politique à 5 juges qui ne sont pas forcément documentés sur les réalités criminelles des différentes parties de la Suisse, ce d'autant moins que, même à l'intérieur de la Suisse latine, il y a des différences notables sous l'angle des phénomènes criminels et que les juges de la Cour pénale n'ont pas tous fonctionné comme juge dans un canton avant d'accéder à la Cour suprême. Déjà dans les années 90, Queloz relevait que d'éminents praticiens se demandaient si, plutôt que d'assurer une prétendue application uniforme du droit pénal dans l'ensemble du pays, le TF n'était pas en train d'introduire une nouvelle politique criminelle de la mesure de la peine³³, en remettant en question, par sa jurisprudence, la hiérarchie des intérêts juridiquement protégés telle que définie par le législateur. Et Liniger, tout comme Piquerez, ira jusqu'à reprocher expressément au TF de cacher sa réelle intention qui aurait été d'influencer la politique criminelle en se prononçant en faveur de sanctions situées dans « le bas » de la peine-menace³⁴.

VI. Les effets mesurables de la jurisprudence du TF en matière de fixation de la peine

21 Pour affiner l'analyse de la production du TF en matière de fixation de la peine et de ses effets, nous avons extrait de la base de données de la jurisprudence en ligne du TF, dans la rubrique **Autres arrêts, collections droit pénal**, tous les arrêts qui contenaient soit le mot clé **47 CP**, soit l'expression **Fixation de la peine**, soit les deux³⁵. La recherche a été effectuée pour la période allant du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2018, soit sur 12 ans. Elle a permis d'identifier sur cette période des arrêts soit en français, soit en italien.

31 Cf. ARZT, Strafzumessung. V. aussi CR CP I-QUELOZ/HUMBERT, art. 47 N 8 ss.

32 Cf. REHBERG, Strafrecht II.

33 QUELOZ, RPS 1998, 165 s.

34 Cf. PIQUEREZ, Motivation.

35 Nous remercions vivement Thomas Pineau et Betina Borisova, assistants-doctorants à l'Université de Lausanne qui ont rédigé les scripts nécessaires à ce travail d'extraction.

22 508 arrêts répondent au mot clé **47 CP** et 713 arrêts à Fixation de la peine. Sachant que certains arrêts comportent les deux expressions à la fois, nous avons pu dénombrer 803 arrêts différents qui se répartissent entre les années comme suit :

| Années | Arrêts [N] |
|----------------|------------|
| 2007 | 64 |
| 2008 | 79 |
| 2009 | 92 |
| 2010 | 64 |
| 2011 | 60 |
| 2012 | 49 |
| 2013 | 62 |
| 2014 | 49 |
| 2015 | 55 |
| 2016 | 67 |
| 2017 | 73 |
| 2018 | 89 |
| Total | 803 |
| Moyenne | 67 |
| Médiane | 64 |

23 Il ressort de ces chiffres que le grief de la violation de l'art. 47 CP a connu son apogée en 2009. Le nombre d'arrêts consacrés à la fixation de la peine a ensuite diminué, avant d'augmenter à nouveau assez sensiblement ces deux dernières années.

24 Si l'on voulait tirer de ces arrêts un échantillon statistiquement représentatif de la population (avec un taux de confiance de 95% et une marge d'erreur de 5%), il faudrait idéalement former un échantillon de 200 unités au moins. Faute de pouvoir travailler avec un si gros groupe, nous avons constitué un échantillon de 40 cas tirés aléatoirement de la population générale. Ils se répartissent comme suit entre les 12 années considérées :

| Années | Arrêts [N] |
|--------------|------------|
| 2007 | 6 |
| 2008 | 5 |
| 2009 | 4 |
| 2010 | 4 |
| 2011 | 3 |
| 2012 | 1 |
| 2013 | 1 |
| 2014 | 6 |
| 2015 | 2 |
| 2016 | 2 |
| 2017 | 2 |
| 2018 | 3 |
| Total | 40 |

De l'analyse de ces 40 cas, il ressort qu'ils sont tous issus de la justice cantonale de l'un des 6 cantons totalement ou majoritairement francophones. Aucun n'est issu du Tessin.

Si l'on écarte de l'analyse des résultats les 6 arrêts qui ne se sont pas prononcés sur la question de la fixation de la peine, mais sur des questions comme l'irrecevabilité du recours ou la qualification des actes reprochés, il reste que, sur les 34 arrêts qui ont statué sur la fixation de la peine, il en est 3 qui ont admis le grief de la violation de l'art. 47 CP et 31 qui l'ont rejeté. Cela signifie que le TF accueille le grief de la violation de l'art. 47 CP dans moins d'un cas sur 10, ce qui paraît assez peu.

Comme le taux de confiance d'un tel échantillon reste toutefois assez faible et que celui-ci ne comporte aucun cas qui émanerait du TPF, nous avons extrait de la base de données en ligne du TF tous les arrêts qui, sur la même période de 2007 à 2018, portaient sur des cas provenant du TPF.

Cette nouvelle recherche a permis d'identifier 29 arrêts en français, portant sur des cas émanant du TPF, traitant soit de l'art. 47 CP, soit de fixation de la peine, soit encore des deux. Sur les 8 arrêts seulement qui accueillent le recours de l'une ou l'autre partie, il y en a un qui porte sur le calcul du jour-amende, un qui oblige le juge inférieur à rajouter des amendes qu'il avait oublié de prononcer et 6 qui ont trait à la fixation de la peine. Si ces 6 arrêts représentent les 20% des arrêts pris en considération, il ne faut pas en surestimer l'importance vu qu'ils n'émanent que de 3 affaires différentes n'ayant donné lieu initialement au TFP qu'à 3 jugements distincts.

En définitive, il s'avère qu'en français du moins, la Cour de droit pénal du TF a souvent eu l'occasion de se prononcer sur la fixation de la peine ces dernières années. La fréquence avec laquelle le TF s'est prononcé sur ce sujet ne semble pas résulter de la proportion de cas dans lesquels le TF désapprouve la peine fixée par une instance inférieure. En effet, le TF ne casse le jugement attaqué sous l'angle de la peine qu'assez rarement. S'il désapprouve la fixation de la peine ce n'est pas nécessairement pour obliger l'instance inférieure à modifier la peine, mais parfois pour l'inviter à revoir simplement la motivation de celle-ci. À cela s'ajoute qu'il reste assez rare que le TF ne casse un jugement que sous l'angle de la peine prononcée précédemment. Il le casse généralement sur plusieurs points.

VII. La conclusion

Si la détermination de la peine demeure une question souvent soumise au TF, c'est probablement parce que les avocats connaissent la longue liste de critères à considérer lors de la fixation de la peine, critères qui présentent autant de risques pour le juge des faits de se tromper ou de manquer de précision. Ainsi, la sophistication des règles en matière de fixation des peines a certainement fourni aux défenseurs des arguments nouveaux pour contester le choix de la peine, sa quotité, le poids relatif des circonstances aggravantes ou atténuantes ou l'effet que pourra avoir la peine sur l'avenir du condamné. À cela s'ajoute que, pour mieux étayer leurs griefs, les avocats, même s'ils ne recourent pas forcément en raison de la peine infligée, aiment à soulever la question de la quotité de la peine pour tenter d'obtenir pour leurs clients, subsidiairement, une réduction de leurs sanctions. Dans la mesure où il arrive que le TF demande à l'instance inférieure de mieux motiver la peine qui a été prononcée, le défenseur tente à tout le moins d'obtenir un tel résultat ne serait-ce que pour prolonger le temps de la procédure et pour demander une réduction de la peine selon l'art. 48 let. e CP qui fait obligation au juge de la réduire « si l'intérêt à punir a sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction et que l'auteur s'est bien comporté dans l'intervalle ».

Au regard de la somme imposante de critères devant être pris en compte en matière de fixation des peines et donc du nombre important de motifs dont dispose le TF pour contester les peines fixées par les instances inférieures, il s'avère qu'il n'oblige que peu fréquemment le juge des faits à revoir la peine par lui prononcée. Et qu'il lui laisse encore une large marge d'appréciation. La proportion de jugements cassés par le TF semble d'autant plus limitée qu'il est susceptible d'en casser non pas seulement parce que la loi fédérale n'aurait pas été respectée ou mal interprétée, mais parce qu'une peine serait gravement choquante en raison du fait qu'elle serait trop sévère ou trop clémente (ce qui peut toujours se plaider), parce que la peine en cause s'écarterait trop de la pratique

ordinaire ou parce qu'il y aurait forte discordance entre la peine prononcée et la motivation qui en est donnée. Tout cela incite les plaideurs qui recourent à contester presque systématiquement la quotité de la peine prononcée³⁶, ce qui oblige le TF à répéter régulièrement sa jurisprudence sur la fixation des peines.

32 Au travers de l'évolution qu'ont connue depuis les années 90, la loi, la doctrine et la jurisprudence en matière de fixation de la peine, on a pu assister à l'imposition d'une méthode de travail et d'une liste fermée de critères objectifs et subjectifs à appliquer pour déterminer la culpabilité de l'auteur. À cela s'ajoute l'obligation de prendre en considération toutes les circonstances atténuantes et aggravantes du cas d'espèce en faisant usage d'une sorte d'échelle de possible gradation de la gravité³⁷ et de nommer les divers critères d'appréciation de la faute³⁸. Si le juge des faits n'est pas encore obligé de chiffrer³⁹ ou d'indiquer les pourcentages qui correspondent au poids relatif qu'il accorde aux différents facteurs de fixation de la peine, le TF a déjà quantifié l'effet (en %) de certains facteurs justifiant une diminution de la peine⁴⁰. Cette évolution répond sans doute, en partie du moins, à la volonté de fixer des peines toujours plus prévisibles⁴¹ pour le justiciable, au regard des éléments sur lesquels le juge se fonde pour ce faire.

33 Si la tendance se poursuivait, nous irions, selon toute vraisemblance, vers une quantification chiffrée de tous les éléments ayant une influence sur la peine. Et si cela venait à se produire, serait alors immanquablement évoquée l'éventualité de remplacer le juge qui fixe la peine par un logiciel informatique, ou encore par un système d'« intelligence artificielle » auquel serait confié le soin de produire un résultat prétendument exact et indiscutable sous la forme d'une peine. Cela suppose notamment que les données (du passé) qui sont mises à profit par de tels instruments aient été dûment échantillonnées, interprétées, épurées et codifiées de manière à remédier aux biais éventuels ou aux erreurs⁴².

34 Sans doute cela constituerait-il une régression du système pénal car le juge serait ainsi à la fois privé de sa liberté d'appréciation et déresponsabilisé.

36 Queloz postulait déjà en 1998 que, du fait du contrôle accru exercé par le TF sur les jugements des instances inférieures, « les avocats ont certainement dû considérer qu'ils disposaient ainsi d'un atout supplémentaire dans leur jeu » in : QUELOZ, RPS 1998, 149.

37 ATF 136 IV 55, c. 5.7 ; ATF 121 IV 49, c. 2.a/aa ; TF, arrêt du 9.10.2014, 6B_65/2014, c. 2.3.

38 ATF 136 IV 55, c. 5.6.

39 ATF 136 IV 55, c. 5.6 ; TF, arrêt du 11.1.2018, 6B_150/2017, c. 8.3.

40 QUELOZ, RPS 1998, 170.

41 Se pose toutefois la question de savoir si la prévisibilité des peines est pleinement compatible avec les objectifs de dissuasion.

42 Les difficultés d'évaluer, p. ex., le risque de récidive avec des données possiblement biaisées ont été mises en lumière aux USA avec l'utilisation qui est faite par des juridictions américaines du logiciel COMPAS. V. à ce sujet la synthèse de Simmons (2018) et une cause portée devant la Cour suprême de l'État du Wisconsin dans l'affaire *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

Quant à la justice, elle serait bien en mal d'appréhender la diversité des situations, contextes et personnalités. Il est douteux qu'à l'aide d'outils informatiques il soit actuellement possible de remplacer avantageusement cette démarche du juge qui, mis en présence de l'auteur présumé d'un crime, va se livrer à des observations empiriques sur la personne du prévenu (langage, attitude, volonté déclarée et potentialités apparentes), à la lumière desquelles il accordera plus ou moins de poids aux facteurs qu'il doit prendre en compte pour fixer, ou non, une peine et, cas échéant, en déterminer le genre.

35 Enfin, dans la mesure où la peine est une réponse aux actes qui, selon les termes utilisés par Durkheim⁴³, froissent les états forts et définis de la conscience collective, seuls des humains ont une chance raisonnable d'appréhender la teneur de cette conscience avec les nuances et les changements qu'elle comporte au travers du temps et de l'espace.

43 Cf. DURKHEIM, *Division du travail social*.