

La fixation de la peine

Raphaël Mahaim

I.	Introduction.....	xx
II.	Les dispositions du Code pénal de 2002.....	xx
	A. Règle générale.....	xx
	B. <i>Unterschuldstrafe?</i>	xx
	C. Atténuation de la peine.....	xx
	D. Aggravation de la peine.....	xx
	E. Obligation de motiver.....	xx
	F. Imputation de la détention préventive.....	xx
III.	Quelle <i>lex mitior</i> en matière de fixation de la peine?.....	xx
IV.	Conclusion.....	xx

I. Introduction

La problématique de la fixation de la peine («*Strafzumessung*») a trait à la question de la marge de manœuvre conférée au juge. Il est en effet impératif que celui-ci dispose d'un certain pouvoir d'appréciation, afin d'individualiser la peine au regard des circonstances particulières de chaque cas d'espèce.

Mais il est tout aussi fondamental que le juge soit lié par des règles établies par le législateur. Pour des motifs découlant à la fois du principe de la légalité des délits et des peines¹ et de l'égalité de traitement², le pouvoir discrétionnaire du juge ne saurait être absolu.

C'est pourquoi tous les systèmes juridiques sont confrontés à la même question de l'équilibre entre individualisation des peines et sécurité juridique. Toutefois, les solutions consacrées diffèrent. Alors que les *sentencing guidelines* du droit américain prévoient des barèmes mathématiques rigides faisant correspondre à chaque infraction une peine

¹ Sur la portée du principe, voir KILLIAS M., *précis de droit pénal général*, 2^{ème} édition, Stämpfli, Berne, 2001, n^{os} 805ss.

² Pour un exemple de disparités cantonales en matière de fixation de la peine, voir QUELOZ N., *Commentaire de la jurisprudence en matière de fixation de la peine: faut-il vraiment clouer les juges fédéraux au pilori?*, RPS 116 (1998) p. 138.

prédéterminée³, les droits pénaux continentaux ont pour la plupart mis l'accent sur le pouvoir d'appréciation du juge. Celui-ci détermine librement la peine en fonction de la culpabilité du délinquant, en s'inspirant de critères prévus par le législateur. Ainsi, seul un cadre général fixé dans la loi⁴ vient poser des limites à sa liberté d'appréciation («*Strafrahmentheorie*»).

Le Code pénal de 2002 (ci-après CP 2002) s'inscrit dans cette tendance et ne fait pas œuvre de pionnier en la matière. Pour l'essentiel, la nouvelle réglementation des articles 47 à 51 CP 2002 reprend les principes du Code pénal de 1937 (ci-après CP 1937) et codifie la jurisprudence élaborée par le Tribunal fédéral (ci-après TF) sous l'empire de l'ancien droit. Certains ajouts, néanmoins, soulèvent de nouvelles questions et révèlent des enjeux non négligeables⁵. C'est à ces questions et à une comparaison avec le CP 1937 qu'est consacrée la présente contribution.

II. Les dispositions du Code pénal de 2002

A. Règle de principe

Le Conseil fédéral a d'emblée déclaré que le régime de la fixation de la peine ne nécessitait pas de changement fondamental⁶. Aussi l'article 47 CP 2002 reprend-il la règle générale de l'article 63 CP 1937, à savoir le principe de la fixation de la peine d'après la culpabilité de l'auteur⁷. La

³ Sur la question des directives à caractère mathématique en matière de fixation de la peine, voir notamment PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 2002, n° 550.

⁴ Voir PRADEL J., *Ibid.*, n° 547. En droit suisse, cf. notamment STRATENWERTH G., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen*, Stämpfli, Berne, 1989, § 7 n^{os} 1-2.

⁵ Voir aussi PIGNAT C./KUHN A., *Les nouvelles règles de la fixation de la peine: une révolution de velours*, RPS 122 (2004) pp. 251ss.

⁶ Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998, FF 1999 1866. Pour une comparaison détaillée des dispositions du CP 1937 et du CP 2002, voir PIGNAT C., *La fixation de la peine avant et après la révision de 2002*, in: KUHN A./MOREILLON L./VIREDAZ B./WILLI-JAYET A. (éds), *Droit des sanctions, de l'ancien au nouveau droit*, Berne 2004, pp. 11ss.

⁷ Sur la notion de culpabilité, voir HURTADO POZO J., *Droit pénal, Partie générale II*, Schulthess, Zürich, 2002, pp. 143ss; STRATENWERTH G., *Schweizerisches*

gravité de la faute reste le critère déterminant, conformément à la jurisprudence du TF⁸.

Le juge est appelé à exercer son pouvoir d'appréciation lors de la détermination de la culpabilité. Pour ce faire, il doit tenir compte des **antécédents** et de la **situation personnelle** de l'auteur, ainsi que de l'**effet de la peine sur son avenir** (art. 47 al. 1 CP 2002). Les deux premiers éléments sont repris du CP 1937 et il n'y a pas lieu de penser que le nouveau droit apporte un changement⁹. En revanche, le dernier point est un ajout et soulève de nouvelles questions¹⁰.

Au-delà des ces trois facteurs, la règle générale sur la culpabilité, selon les dires du Conseil fédéral, devait être «*précisée*»¹¹. C'est pourquoi les critères élaborés par la jurisprudence¹² sont codifiés dans le CP 2002, à son article 47 al. 2. Le CP 2002 est ainsi plus complet que le CP 1937, puisqu'en énumérant les éléments constitutifs de la culpabilité, il invite expressément le juge à les prendre en considération¹³.

Selon une classification établie notamment par STRATENWERTH¹⁴, ces critères se divisent en deux catégories: ceux ayant trait à l'acte et ceux relevant de la personnalité du condamné. Les critères relatifs à l'acte sont la **gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridiquement protégé** et le **caractère répréhensible de l'acte**. Ils évoquent l'idée du résultat engendré par l'acte criminel. Le seul résultat ne saurait toutefois être suffisant pour l'appréciation de la culpabilité¹⁵. C'est pourquoi le CP 2002 prévoit aussi des critères subjectifs tenant à la personnalité du délinquant. Il s'agit d'une part des **motivations et buts de l'auteur** et, d'autre part, de la **mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter de commettre l'acte criminel**.

Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Stämpfli, Berne, 2005, § 11, pp. 260ss.

⁸ ATF 116 IV 288 (f), cons. 2a.

⁹ Sur ces notions, voir PIGNAT C., *art. cit. ad note 6*, pp. 13-14 et pp. 34-35.

¹⁰ Voir *infra*.

¹¹ FF 1999 1866.

¹² ATF 117 IV 112, JT 1993 IV 98; ATF 116 IV 288 (f), cons. 2a.

¹³ PIGNAT C./KUHN A., *art. cit. ad note 5*, p. 252.

¹⁴ STRATENWERTH G., *op. cit. ad note 4*, § 7 n^{os} 15ss.

¹⁵ FAVRE CH./PELLET M./STOUDMANN P., Code pénal annoté, 2^{ème} édition, Editions Bis et Ter, Lausanne, 2004, n^o 1.8. *ad art. 63 CP 1937*.

Alors que le premier de ces deux critères correspond aux mobiles de l'article 63 CP 1937¹⁶, le second fait allusion à la question de la «liberté de décision» de l'auteur au moment de la commission de l'acte. Déjà utilisée par la jurisprudence¹⁷, cette notion renvoie à des considérations inhérentes à la personne de l'auteur (altération de sa faculté d'apprécier le caractère illicite de l'acte) et à des circonstances extérieures à elle (situation concrète dans laquelle se trouve l'auteur, telle une situation de nécessité par exemple)¹⁸. Sa culpabilité est amoindrie, de sorte que cela justifie que le juge en tienne compte dans le cadre de l'article 47 CP 2002. L'intensité n'est cependant pas suffisante pour que les articles sur l'irresponsabilité et la responsabilité restreinte (art. 19 CP 2002) ou sur les faits justificatifs (art. 14 à 18 CP 2002) s'appliquent¹⁹.

B. *Unterschuldstrafe?*

Déjà discutée sous l'empire de l'ancien droit, la question de savoir si le juge peut prononcer une peine inférieure à celle correspondant à la culpabilité, si des motifs liés à la prévention spéciale²⁰ le justifient («*Unterschuldstrafe*»)²¹, se pose de manière plus aiguë avec le CP 2002.

La jurisprudence relative à l'article 63 CP 1937 n'a jamais envisagé la possibilité de sortir du cadre déterminé par la culpabilité²². Des motifs liés à la prévention spéciale ne doivent ainsi être pris en compte que dans ce cadre. Malgré cela, une partie de la doctrine s'était déjà prononcée en faveur de la possibilité de sortir de ce cadre si l'avenir du délinquant le justifie, grâce à une interprétation extensive de l'article 63 CP 1937²³. Cette approche ne faisait bien entendu pas l'unanimité. On lui a

¹⁶ FF 1999 1867.

¹⁷ ATF 117 IV 112, cons. 1, JT 1993 IV 98.

¹⁸ FF 1999 1867.

¹⁹ FF 1999 1867.

²⁰ Sur cette notion voir KILLIAS M., Précis de criminologie, Stämpfli, Berne, 2001, chapitre 11.

²¹ WIPRAECHTIGER H., *in*: NIGGLI M. A./WIPRAECHTIGER H. (éds), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGb, Bâle 2003, n° 43 *ad* art. 63 CP 1937.

²² Voir notamment ATF 118 IV 342, JT 1994 IV 67.

²³ PIGNAT C./KUHN A., *art. cit. ad* note 5, p. 256 et les références citées.

notamment reproché de ne pas être conciliable avec le texte même de la loi²⁴.

Le CP 2002 apporte un élément nouveau dans le débat. La formulation de l'article 47 al. 1 CP 2002 comporte en effet un ajout par rapport au texte du CP 1937: le juge est expressément amené à examiner, en plus des antécédents et de la situation personnelle de l'auteur de l'infraction, l'effet de la peine sur son avenir. La culpabilité va-t-elle alors subsister en tant que «*fondement et limite de la peine*»²⁵? Il est permis d'en douter, et de penser que le nouveau CP atténue la primauté de la culpabilité comme critère essentiel de fixation de la peine.

En effet, contrairement à ce qui a parfois été soutenu²⁶, le CP 2002 est clairement orienté vers la prévention spéciale, aux dépens des fonctions punitives de la peine²⁷. L'ajout de l'article 47 al. 2 *in fine* CP 2002 n'est pas innocent. Il s'inscrit dans un contexte général et témoigne d'une évolution reconnue par la doctrine et la jurisprudence²⁸. Le fait de l'affirmer dans la loi ne peut qu'en augmenter la portée.

Plus révélatrice encore est le teneur du message du Conseil fédéral. Si l'on s'en tient aux motifs, «*le juge n'est pas contraint d'infliger une peine correspondant à la culpabilité, s'il y lieu de penser qu'une peine plus clémente suffira à le détourner de commettre d'autres infractions*»²⁹. Il ajoute que le principe de la prise en compte de l'avenir de l'auteur était déjà prévu implicitement «*sous une forme atténuée*»³⁰ dans le CP 1937 à son article 63, ce qui suppose, *a contrario*, que le CP 2002 consacre un renforcement de l'exigence.

Certains objecteront que l'avant-projet présenté par les experts prévoyait expressément la possibilité de réduire la peine correspondant à la

²⁴ CORBOZ B., La motivation de la peine, RJB 1995.

²⁵ HURTADO POZO J., *op. cit. ad note 7*, p. 143, n° 445.

²⁶ «*Ce nouveau Code pénal ne parvient pas à démêler – mais il ne cherche pas non plus à le faire – les aspects punitifs et expiatoires des buts éducatifs et thérapeutiques.*», BOCN 2001, p. 533.

²⁷ Sur les différentes fonctions de la peine, voir notamment KUHN A., Sanctions pénales: est-ce bien la peine?, Les Editions de L'Hébe, Grolley, 2005, pp. 14ss; QUELOZ N., *art. cit. ad note 2*, pp. 158-160.

²⁸ ATF 120 IV 1, cons. 2b, JT 1995 IV 103; ATF 118 IV 337 cons. 2c, JT 1995 IV 37; PIGNAT C./KUHN A., *art. cit. ad note 5*, pp. 256-257 et les références citées.

²⁹ FF 1999 1866.

³⁰ *Ibid.*

culpabilité si elle frappe l'auteur de manière excessive, et qu'il n'a au final pas été retenu par le Conseil fédéral. Cette objection n'est pourtant pas pertinente, puisque le Conseil fédéral a abandonné cette proposition des experts précisément au motif que l'article 47 al. 1 CP 2002 le permettait déjà³¹.

En définitive, il apparaît que le CP 2002 apporte une innovation importante à son article 47 al. 1 *in fine*, même si sa portée pratique est encore difficile à évaluer. Le TF sera certainement appelé à se prononcer sur la question dans les années à venir.

C. Atténuation de la peine

1. Circonstances atténuantes

L'examen de la culpabilité ne s'effectue qu'à l'intérieur du cadre légal de la peine. Aussi est-il nécessaire de déterminer ce cadre avant de passer à l'analyse des critères de l'article 47 CP 2002.

Le cadre légal de la peine provient en premier lieu de la partie spéciale du code, qui prévoit, pour chaque infraction, une peine minimale et maximale. Cependant, selon les circonstances du cas d'espèce, il arrive que la règle générale ne permette pas au tribunal d'infliger à l'auteur une peine adéquate³². C'est pourquoi le cadre légal peut être modifié par le biais des circonstances atténuantes et aggravantes. Elles ont pour effet, respectivement, de diminuer le plancher et d'augmenter le plafond du cadre de la peine. Ces critères modifiant le cadre de la peine lui-même sont désignés par les termes allemands *Strafmilderungsgründe* et *Strafschärfungsgründe*, par opposition aux critères utilisés pour déterminer la culpabilité au sein du cadre de la peine, appelés *Strafminderungsgründe* et *Straferhöhungsgründe*³³. Les critères agissant sur le cadre de la peine peuvent toutefois aussi être utilisés dans le cadre de la peine (éventuellement étendu)³⁴. Ainsi, les circonstances atténuantes

³¹ FF 1999 1867.

³² FF 1999 1867.

³³ TRECHSEL S., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2^{ème} édition mise à jour, Schulthess, Zürich, 2005, §2 n^{os} 1-2 *ad* art. 63 CP 1937; KILLIAS M., *op. cit. ad* note 1, n^o 1007.

³⁴ KILLIAS M., *op. cit. ad* note 1, n^o 1211.

et aggravantes élargissent le cadre ordinaire de la peine et représentent en même temps des motifs de réduire et d'augmenter la quotité de celle-ci³⁵.

L'article 48 CP 2002 contient la liste (exhaustive) des circonstances atténuantes. Reprenant en grande partie l'article 64 CP 1937³⁶, cette disposition s'en distingue toutefois sur trois points³⁷, outre le gain en lisibilité obtenu grâce à la numérotation des différentes circonstances atténuantes.

a) La formulation impérative de l'article 48 CP 2002

La première modification – et sans doute la plus importante – concerne le premier alinéa. La formule potestative *pourra atténuer* du CP 1937 est remplacée par la formule impérative *atténuera*, ce qui rend l'atténuation obligatoire lorsque les conditions en sont réalisées³⁸. Le CP 2002 généralise ainsi l'atténuation obligatoire à toutes les circonstances atténuantes de l'article 48 CP 2002, alors que le CP 1937 ne le prévoit que dans quelques dispositions éparées (légitime défense, art. 33 al. 2 CP 1937, notamment). En contraignant le juge à atténuer la peine lorsque les conditions en sont réalisées, le CP 2002 rompt aussi d'une certaine manière avec la jurisprudence, qui lui a toujours reconnu un large pouvoir d'appréciation en la matière³⁹.

b) L'émotion violente et le profond désarroi

La définition de la circonstance atténuante relative à la colère ou à la douleur profonde produites chez l'auteur par une provocation injuste ou une offense imméritée a été modernisée sur le plan linguistique et étendue quant à sa portée⁴⁰. L'article 48 *lit. c* CP 2002 envisage désormais

³⁵ FAVRE CH./PELLET M./STOUDMANN P., *op. cit. ad note 15*, n° 1.1. *ad art. 68 CP 1937*.

³⁶ Sur les notions reprises du CP 1937, à savoir le mobile honorable, la détresse profonde, la menace grave, le devoir d'obéissance et les liens de dépendance, la tentation grave, le repentir sincère et l'écoulement d'un temps relativement long, voir notamment TRECHSEL S., *op. cit. ad note 33*, n°s 1-25 *ad art. 64 CP 1937*.

³⁷ Sur cette question, voir aussi PIGNAT C., *art. cit. ad note 6*, pp. 35-39.

³⁸ FF 1999 1867.

³⁹ «Le juge n'a pas à retenir une circonstance atténuante chaque fois que l'une des conditions de l'art. 64 CP 1937 est réalisée, mais seulement lorsqu'en outre, la peine plus douce qu'il y a eu lieu de prononcer selon l'art. 65 CP 1937 se justifie», ATF 107 IV 94, cons. 4c.

⁴⁰ FF 1999 1867.

l'hypothèse de l'émotion violente que les circonstances rendent excusable ou de l'état de profond désarroi. Ces notions sont empruntées à une disposition spécifique de la partie spéciale du CP: il s'agit des même éléments constitutifs subjectifs que ceux retenus à titre de meurtre passionnel (art. 113 CP).

Selon la jurisprudence relative à l'article 113 CP, l'**émotion violente** est un état psychologique particulier, d'origine émotionnelle et non pas pathologique, qui se caractérise par le fait que l'auteur est submergé par un sentiment violent qui restreint dans une certaine mesure sa faculté d'analyser correctement la situation ou de se maîtriser⁴¹. Pour que l'émotion violente donne lieu à une atténuation de la peine, il faut encore qu'elle soit excusable. L'examen par le juge du caractère excusable de l'émotion violente suppose une appréciation objective en fonction de critères éthiques⁴².

Quant au **profond désarroi**, il s'agit d'un état d'émotion qui mûrit pendant une longue période, progressivement, couve pendant longtemps, jusqu'à ce que l'auteur soit complètement désespéré et n'y voie d'autre issue que l'homicide⁴³. S'agissant de l'article 113 CP, le caractère excusable du profond désarroi est aussi exigé, bien que cela ne ressorte pas du texte légal⁴⁴.

S'il n'y a pas lieu de penser que la jurisprudence relative à ces notions subisse quelque changement que ce soit sous l'empire du CP 2002, le nouveau droit pose néanmoins la question du rapport entre le profond désarroi (art. 48 lit. c CP 2002) et la détresse profonde (art. 48 *lit.* a ch. 2 CP 2002). S'agit-il de deux circonstances atténuantes similaires? Beaucoup discutées en doctrine, ces deux notions sont tantôt vues comme équivalentes, tantôt vues comme se distinguant par leur intensité⁴⁵. Nous partageons sur ce point le constat de PIGNAT⁴⁶ concernant l'incohérence

⁴¹ ATF 119 IV 202 (f), cons. 2a.

⁴² ATF 107 IV 103, cons. bb, JT 1982 IV 103; Sur la question du caractère excusable de l'émotion violente, voir aussi CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse*, vol. I, Stämpfli, Berne, 2002, pp. 39-40.

⁴³ FF 1985 II 1035; ATF 118 IV 236.

⁴⁴ ATF 119 IV 202 (f), cons 2a.

⁴⁵ Le profond désarroi se caractériserait par un état plus intense que la détresse profonde, limitant davantage la liberté de décision, et serait donc plus difficile à admettre. Voir PIGNAT C., *art. cit. ad note 6*, pp. 37-38 et les références citées.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 37.

de ces deux interprétations dans le cadre de l'article 48 CP 2002: admettre que ces notions sont identiques revient à dire qu'il y a redondance; admettre qu'il y a uniquement une différence d'intensité revient à considérer que l'une absorbe l'autre. Mais nous n'en tirons pas exactement la même conclusion.

Il existe bien une différence de champ d'application entre les deux notions: elles ne visent pas les mêmes situations⁴⁷. En effet, la détresse profonde, pour être admise en tant que circonstance atténuante, nécessite le respect d'une certaine proportionnalité entre les motifs qui poussent à agir et l'importance des biens lésés⁴⁸. En d'autres termes, l'auteur doit avoir choisi la solution la moins préjudiciable pour autrui⁴⁹. Il s'ensuit une certaine réticence à l'admettre dans le cas d'une infraction grave. A l'inverse, le champ d'application du profond désarroi serait plus large et comprendrait des infractions plus graves, ce qui est confirmé par le fait que la notion provient précisément de l'un des crimes les plus graves (l'homicide). Mais contrairement à PIGNAT, nous pensons qu'il n'est pas nécessaire d'en déduire l'inexistence de la différence quant à l'intensité. Les deux différences sont en effet parallèles. La détresse profonde vise des infractions moins graves, mais est plus facilement admissible s'agissant de l'intensité requise. Quant au profond désarroi, son champ d'application comprend les infractions graves, mais il est admis restrictivement, car il suppose un état plus intense que la détresse profonde. Cette interprétation se justifie aussi par le fait que le profond désarroi doit être excusable⁵⁰, ce qui atteste de son caractère plus difficilement admissible. Nous pensons ainsi qu'il s'agit de deux circonstances atténuantes distinctes, à la fois quant aux situations qu'elles visent et quant à leur seuil d'admissibilité.

Reste la question des conséquences de la modification apportée par le CP 2002 sur le rapport entre l'article 48 *lit. c* CP 2002 et l'article 113 CP dans le cas d'un meurtre. Il s'agit de savoir si l'émotion violente ou le profond désarroi pourraient être pris en compte comme circonstances atténuantes lors de la fixation d'une peine pour meurtre passionnel. Sous l'empire du CP 1937, l'article 113 CP 1937 a toujours constitué une *lex*

⁴⁷ *Id.*, p. 37.

⁴⁸ ATF 110 IV 9 (f), cons. 2.

⁴⁹ ATF 107 IV 94 (f), cons. 4c.

⁵⁰ Du moins selon la jurisprudence relative à l'article 113 CP (cf. *supra*).

specialis par rapport à la circonstance atténuante de la colère ou de la douleur profonde de l'article 64 CP 1937⁵¹. *A fortiori*, puisqu'il s'agit, dans le CP 2002, exactement des mêmes notions, la jurisprudence devrait se prononcer en faveur de l'interdiction de la double prise en compte de ces éléments dans le cas d'un meurtre passionnel.

c) Le jeune âge

Le CP 2002 supprime la circonstance atténuante du CP 1937 relative au jeune âge, au motif que la majorité a désormais⁵² été abaissée à 18 ans. Cette suppression, à en croire l'esprit du message du Conseil fédéral, est anodine⁵³. Il n'est pas certain que cela soit le cas.

Introduite par la Loi fédérale révisant partiellement le Code pénal du 18 mars 1971⁵⁴, cette circonstance atténuante a comme effet collatéral de réduire les différences de traitement – en ce qui concerne la sévérité des sanctions – entre le droit pénal des mineurs et celui des adultes⁵⁵. Ceci grâce à une atténuation de la peine s'appliquant aux auteurs d'infractions réunissant les deux conditions de l'article 64 al. 9 CP 1937⁵⁶. Le TF a contribué à cela, par le biais d'une interprétation large de la seconde condition⁵⁷. Une partie de la doctrine plaide même en faveur d'une application généralisée de cette circonstance atténuante à tous les jeunes de cette classe d'âge⁵⁸.

La Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs accompagnant la révision de la partie générale du Code pénal s'inscrit encore davantage dans une volonté de réduire les sanctions et de privilégier l'éducation des mineurs⁵⁹. En conséquence, la préoccupation liée à l'effet de seuil entre le

⁵¹ FAVRE CH./PELLET M./STOUDMANN P., *op. cit. ad note 15*, n° 1.4. *ad art.* 113 CP.

⁵² La modification est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996 (LF du 7 octobre 1994, RO 1995 1126).

⁵³ FF 1999 1868.

⁵⁴ RO 1971 777 807; FF 1965 I 569.

⁵⁵ KILLIAS M., *op. cit. ad note 1*, n° 1022.

⁵⁶ Il s'agit de deux conditions cumulatives: une condition objective (avoir entre 18 et 20 ans) et une condition subjective (incapacité de l'auteur, en raison de son âge, à apprécier le caractère illicite de son acte).

⁵⁷ ATF 115 IV 180, cons. 3, JT 1991 IV 40.

⁵⁸ REHBERG J., *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht*, 7^{ème} édition, Schulthess, Zürich, 2001, p. 59.

⁵⁹ FF 1999 pp. 2022-2025.

droit pénal des mineurs et celui des adultes est plus prégnante que jamais. Or, le CP 2002 ne fait même plus mention du jeune âge dans les circonstances atténuantes.

Certes, le juge peut tenir compte de l'âge de l'auteur lors de l'examen de sa situation personnelle au sens de l'article 47 al. 1 CP 2002, conformément à ce qui a toujours été admis⁶⁰. Mais il s'agit d'un critère *strafmindernd*, agissant uniquement *dans* le cadre de la peine, alors que l'article 64 al. 9 CP 1937 permet d'agir *sur* le cadre de la peine. Aussi, la portée du jeune âge en tant que facteur d'atténuation de la peine semble-t-elle être significativement réduite dans le nouveau droit.

2. Effets de l'atténuation

Lorsque l'existence d'une circonstance atténuante au sens de l'article 48 CP 2002 est reconnue, le juge atténue la peine selon les modalités de l'article 48a CP 2002. Cette disposition ne distingue pas, comme le fait le CP 1937, l'atténuation simple (selon un barème fixe, art. 65 CP 1937) de l'atténuation libre (art. 66 CP 1937). Il consacre une atténuation selon la libre appréciation du juge, lequel n'est pas lié par le genre ou par le minimum légal prévu pour l'infraction⁶¹. Il s'agit d'un système s'apparentant à l'atténuation libre du CP 1937, à la différence près que le juge *doit* atténuer la peine si les conditions en sont réunies⁶².

Si le juge opte pour une peine d'un genre différent de celui prévu par la partie spéciale du code, il reste lié par le maximum et par le minimum de chaque genre de peine (art. 48a al. 2 CP 2002). Ainsi, sous réserve de l'exception prévue à l'article 41 CP 2002, le tribunal ne peut pas prononcer une peine privative de liberté de moins de six mois (art. 40 CP 2002)⁶³; concernant la peine pécuniaire, le minimum légal est de 1 jour-amende⁶⁴; quant au travail d'intérêt général, la durée minimale est de quatre heures, en vertu de la clé de conversion de l'article 39 CP 2002.

⁶⁰ STRATENWERTH G., *op. cit. ad note 4*, § 7 n° 46.

⁶¹ FF 1999 1868.

⁶² Cf. *supra*.

⁶³ FF 1999 1834.

⁶⁴ Avec le système du CP 2002, il n'existe pas de montant minimum en argent, puisque celui-ci dépend de la situation personnelle et économique de l'auteur (art. 34 al. 2 CP 2002).

D. Aggravation de la peine

1. Généralités

Le CP 2002 ne contient qu'un seul motif d'aggravation de la peine: le concours d'infractions. La récidive (art. 67 ch. 1 CP 1937) a été abandonnée, conformément à la jurisprudence du TF⁶⁵ relative à l'interdiction de la double prise en compte des mêmes éléments («*Doppelverwertungsverbot*») lors de la fixation de la peine. En effet, la «rechute»⁶⁶ de l'auteur ne saurait être prise en compte à la fois dans le cadre de l'examen des antécédents et dans celui de la récidive⁶⁷. C'est pourquoi la présence du critère des antécédents de l'article 47 CP 2002 justifie la suppression de la récidive en tant que circonstance aggravante à l'article 49 CP 2002. Cette suppression n'est toutefois pas sans effets. En cas de récidive, le CP 1937 permettait au juge d'augmenter le maximum du cadre légal de la peine («*Strafschärfungsgrund*»). Ce n'est plus le cas avec le CP 2002, qui limite l'examen des antécédents à la détermination de la culpabilité au sein du cadre de la peine («*Straferhöhungsgrund*»).

Quant aux autres circonstances aggravantes⁶⁸, elles figurent dans la partie spéciale du code sous forme d'infractions qualifiées⁶⁹.

2. Concours

a) Champ d'application

Le CP 2002 reprend en substance la systématique du CP 1937⁷⁰. A l'instar de l'article 68 CP 1937, l'article 49 CP 2002 s'applique au concours réel et au concours idéal. Le **concoures réel** est la situation dans laquelle l'auteur a commis plusieurs actes distincts, chacun d'eux étant une infraction (concoures d'infractions). Le **concoures idéal** vise le cas où l'auteur a commis un seul acte réalisant à la fois les conditions de deux

⁶⁵ ATF 118 IV 342, cons. 2b, JT 1994 IV 67.

⁶⁶ LOGOZ P., Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie générale (art. 1 à 110), Delachaux et Niestlé, Neuchâtel/Paris, 1976, n° 1 *ad* art. 67 CP 1937.

⁶⁷ FF 1999 1867.

⁶⁸ L'affiliation à une bande, le fait d'avoir agi par métier, la cupidité et le dessein de lucre. Sur ces notions, voir KILLIAS M., *op. cit. ad* note 1, n°s 1134-1144.

⁶⁹ Voir par exemple l'article 139 ch. 2 CP (vol par métier).

⁷⁰ FF 1999 1868.

ou plusieurs infractions (concours de lois)⁷¹. Le **concours imparfait**, quant à lui, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 49 CP 2002. Il s'agit de la situation où un acte délictueux semble tomber sous le coup de plusieurs dispositions pénales, alors qu'en réalité une seule d'entre elles doit être appliquée, car elle vise l'acte sous tous ses aspects⁷².

Alors que le CP 1937 se limite aux peines privatives de liberté, l'article 49 CP 2002 étend la circonstance aggravante du concours aux autres peines principales du CP 2002, à savoir la peine pécuniaire (art. 34-36 CP 2002) et le travail d'intérêt général (art. 37-39 CP 2002).

Deux précisions apportées par la jurisprudence doivent encore être mentionnées dans l'examen de l'article 49 CP 2002⁷³. La première vise les infractions pour lesquelles la partie spéciale retient la circonstance aggravante du métier⁷⁴. Dans ces cas, l'application du régime du concours est en principe exclue, sous réserve de la situation particulière où l'auteur agit par périodes distinctes, faisant apparaître que les délits commis pendant chacune de ces périodes ne procèdent pas d'une décision unique⁷⁵. La seconde concerne le **délit successif** (ou continué). Le TF s'est servi de cette construction juridique lorsqu'il y avait lieu d'admettre qu'une série d'infractions identiques ou similaires, lésant le même genre d'intérêts protégés, pouvait constituer une seule infraction si les actes commis résultaient d'une décision unique⁷⁶. Le régime du concours ne s'appliquerait ainsi pas à ce type d'infraction. Mais cette figure juridique a été abandonnée ultérieurement par la jurisprudence⁷⁷. Un tel comportement tombe dès lors sous le coup de l'article 49 CP 2002. Comme le rappelle le message du Conseil fédéral, l'infraction continuée ne saurait justifier l'exclusion d'une aggravation de la peine⁷⁸.

⁷¹ Sur ces notions, voir notamment FAVRE CH./PELLET M./STOUDMANN P., *op. cit.* ad note 15, n^{os} 1.6.ss ad art. 68 CP 1937 et la jurisprudence citée.

⁷² *Ibid.*, n^{os} 1.14.ss ad art. 68 CP 1937 et la jurisprudence citée.

⁷³ Pour un examen détaillé de la jurisprudence sur le concours d'infraction et de lois pénales, voir PIGNAT C., *op. cit.* ad note 6, pp. 26-31.

⁷⁴ Sur cette notion, voir notamment KILLIAS M., *op. cit.* ad note 1, n^{os} 1138ss.

⁷⁵ ATF 116 IV 121, cons. 2b, JT 1991 IV 165.

⁷⁶ ATF 102 IV 74, cons. 2, JT 1977 IV 66.

⁷⁷ ATF 116 IV 121, cons. 2b, JT 1991 IV 165; ATF 119 IV 73, cons 2b, JT 1995 IV 90.

⁷⁸ FF 1999 1868.

b) Effets

Le système suisse consacre le principe du cumul juridique, par opposition au cumul matériel connu par exemple dans certains Etats américains⁷⁹. Le cumul juridique prévoit l'aggravation de la peine la plus grave par un raisonnement en trois étapes, selon l'article 49 al. 1 CP 2002.

En premier lieu, il faut connaître le cadre légal de l'infraction la plus grave. L'infraction la plus grave est celle pour laquelle la loi fixe la peine la plus lourde et non pas celle qui, dans l'espèce considérée, apparaît la plus grave du point de vue de la culpabilité⁸⁰. En d'autres termes, il s'agit de celle qui prévoit le plafond applicable abstraitement le plus élevé⁸¹.

Puis, dans un deuxième temps, il s'agit d'élargir ce cadre dans une juste proportion en tenant compte de la ou des autres infractions retenues. Le juge ne peut toutefois pas aller au-delà de la moitié du maximum de la peine la plus grave. L'élargissement du cadre de la peine peut donc s'élever jusqu'à 150% du plafond de l'infraction la plus grave. En outre, le juge reste toujours lié par le maximum légal du genre de peine.

Enfin, le juge prononce à l'intérieur de ce cadre une peine correspondant à la culpabilité, selon les différents éléments du cas d'espèce (*Straferhöhungsgründe* et *Strafminderungsgründe*). La jurisprudence a consacré le caractère obligatoire de l'aggravation en cas de concours⁸². Mais les différentes circonstances atténuantes et aggravantes peuvent se compenser⁸³. Le juge peut alors même envisager de descendre jusqu'au minimum légal de l'infraction la plus grave⁸⁴.

Outre la règle de principe de l'alinéa 1, l'article 49 CP 2002 régit le **concours réel rétrospectif** (al. 2). Cette disposition est applicable lorsque l'auteur a déjà été condamné pour une infraction et que le juge découvre ultérieurement qu'il s'était aussi rendu coupable d'autres infractions, antérieures à celle pour laquelle il a été jugé. Le juge doit

⁷⁹ Les peines encourues pour chaque infraction sont cumulées. Ce système donne souvent lieu à une peine d'ensemble d'une longueur absurde (plusieurs siècles d'emprisonnement par exemple). Voir KILLIAS M., *op. cit. ad note 1*, n^{os} 1131-1133.

⁸⁰ ATF 93 IV 7; JT 1967 IV 49.

⁸¹ ATF 116 IV 300, cons. 2c, JT 1992 IV 66.

⁸² ATF 103 IV 225, JT 1978 IV 136.

⁸³ ATF 116 IV 300, cons. 2a, JT 1992 IV 66.

⁸⁴ KILLIAS M., *op. cit. ad note 1*, n^o 1129.

alors fixer une peine complémentaire, de sorte que la première et la seconde peine ne dépassent pas, dans leur ensemble, la peine qui aurait été infligée si toutes les infractions en question avaient été jugées simultanément⁸⁵.

L'abandon de l'article 68 ch. 1 al. 3 CP 1937 se justifie par le fait que le CP 2002 ne prévoit pas de peine accessoire et ne contient pas de mesures dans sa partie spéciale⁸⁶. En revanche, l'abandon de l'article 68 ch. 1 al. 2 CP 1937 relatif au concours sur le prononcé d'amendes n'est pas dénué d'effets. Sa suppression se fonde sur le remplacement, en tant que peine principale, de l'amende par la peine pécuniaire (art. 34ss CP 2002). Or, l'amende est toujours prévue dans le cas d'une contravention, en vertu des articles 103ss CP 2002. *Quid* en cas de concours? La règle générale de l'article 49 CP 2002 n'est pas adéquate, car il n'est pas pertinent de réfléchir en termes d'élargissement du cadre légal de la peine pour une amende. Dès lors, il y a fort à penser que la jurisprudence comblera la lacune en reprenant la règle de l'article 68 ch. 1 al. 2 CP 1937, à savoir la fixation de l'amende d'ensemble proportionnellement à la culpabilité de l'auteur.

E. *Obligation de motiver*

1. **Généralités et règle de principe**

Dans chaque cas d'espèce, le travail de détermination de la peine juste, en particulier sa traduction en une quotité précise, est l'enjeu principal du procès. Comme le remarque CORBOZ: «*Il n'est pas rare d'ailleurs que les inculpés ne manifestent qu'une indifférence polie à l'égard des disputes juridiques et qu'ils ne s'intéressent vraiment qu'au quantum de la privation de liberté ou de l'amende*»⁸⁷.

Le passage des critères *qualitatifs* des articles 47 à 49 CP 2002 à une quotité, par définition *quantitative*, est probablement l'étape la plus délicate de la détermination de la sentence. Une partie de la doctrine

⁸⁵ Sur le concours réel rétrospectif, voir aussi ATF 121 IV 97, cons. 2d, JT 1997 IV 45; FAVRE CH./PELLET M./STOUDMANN P., *op. cit. ad note* 15, n^{os} 2.1.ss *ad art.* 68 CP 1937 et la jurisprudence citée.

⁸⁶ FF 1999 1869.

⁸⁷ CORBOZ B., *art. cit. ad note* 24, p. 1.

propose à cet effet de recourir à une «mathématisation» des critères de fixation de la peine⁸⁸. Il s'agirait de s'inspirer de la pratique consacrée dans d'autres domaines du droit (contribution d'entretien en droit de la famille, droit de la responsabilité civile, etc.) consistant à travailler avec une pondération chiffrée des différents facteurs entrant en ligne de compte. Le TF n'a pas suivi cette conception. Bien qu'il admette que des indications en pourcents peuvent être utiles, il a toujours affirmé qu'elles ne sauraient être exigées⁸⁹. Une autre partie de la doctrine⁹⁰, relevant la nature particulière du procès pénal par rapport aux autres domaines du droit, ne voit pas dans la standardisation des critères une garantie d'une peine plus juste. Elle insiste plutôt sur le rôle fondamental de la motivation de la peine, en tant que moyen donné aux juridictions supérieures de s'assurer que le raisonnement ayant abouti à une certaine peine soit convaincant⁹¹.

Le principe de la motivation de la peine, aujourd'hui unanimement reconnu comme étant une condition de l'exercice de la liberté d'appréciation du juge, a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle spectaculaire au cours de ces dernières décennies. Selon une «*jurisprudence d'une constance inébranlable*»⁹², le TF s'est montré, jusque vers la fin des années quatre-vingts, très réservé quant à son pouvoir de contrôle en matière de fixation de la peine. «*Il n'a revu la fixation de la peine que lorsqu'elle paraissait excessivement sévère ou clémente, ce qui revenait presque qu'à une constatation d'arbitraire, ou lorsque les premiers juges avaient omis de considérer des circonstances atténuantes ou aggravantes qu'ils auraient manifestement dû prendre en compte, ou – inversement – lorsqu'ils avaient tenu compte d'éléments qui n'auraient pas dû entrer en considération*»⁹³.

⁸⁸ Voir notamment KILLIAS M., De la difficulté de quantifier la fixation de la peine, in: SCHMID N./KILLIAS M., Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit (Mélanges JEAN GAUTHIER), RPS 114 (1996), pp. 33ss.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 41 et les références citées.

⁹⁰ Voir notamment CORBOZ B., *art. cit. ad note 24*, p. 7 et les références citées.

⁹¹ *Ibid.*, p. 2.

⁹² QUELOZ N., *art. cit. ad note 2*, p. 139.

⁹³ KILLIAS M., *art. cit. ad note 88*, pp. 39-40.

Dans le début des années nonante, influencé à la fois par la doctrine⁹⁴, par les travaux de révision de la partie générale du Code pénal et par les débats internationaux de politique criminelle, le TF a opéré un revirement⁹⁵ dans sa jurisprudence relative au pouvoir de contrôle de la Cour de cassation. Il a ainsi commencé à poser les jalons du principe de l'obligation de motiver.

Il ressort de toute une série d'arrêts que le but principal de la motivation de la peine est de permettre aux juridictions supérieures de s'assurer de la cohérence du raisonnement suivi par le juge. Si, à la lecture de la décision attaquée, il apparaît que la peine est exagérée, il faut en déduire soit que la motivation est insuffisante, soit que la peine est excessive⁹⁶. Si la motivation est insuffisante pour permettre à la Cour de cassation de contrôler le respect du droit fédéral, il convient de faire application de l'art. 277 PPF⁹⁷ et d'annuler la décision attaquée⁹⁸.

C'est ainsi que l'autorité cantonale doit énoncer les éléments importants au regard de la culpabilité qui ont dicté sa décision et préciser l'importance respective accordée à chacun d'eux⁹⁹. Plus large est la marge d'appréciation, plus détaillée doit être la motivation¹⁰⁰. Cela vaut surtout lorsque la peine, dans le cadre légal, apparaît comparativement très élevée¹⁰¹.

L'article 50 CP 2002 consacre ainsi l'évolution jurisprudentielle de la dernière décennie. L'introduction de l'obligation de motiver dans le code est certes une nouveauté, mais elle s'inscrit dans cette volonté de renforcer la sécurité du droit et d'accroître la transparence dans les procédures de recours en matière de fixation de la peine¹⁰².

⁹⁴ En particulier, la doctrine a relevé les disparités de traitement, le caractère irrationnel de la détermination de la peine et l'imprécision ou l'absence de méthode en matière de fixation de la peine. QUELOZ N., *art. cit. ad note 2*, pp. 142-148.

⁹⁵ ATF 116 IV 288 (f); ATF 117 IV 112, cons. 2, JT 1994 IV 98.

⁹⁶ ATF 120 IV 136 (f), cons. 3a.

⁹⁷ Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale, RS 312.0.

⁹⁸ ATF 116 IV 288 (f), cons. 2c.

⁹⁹ ATF 116 IV 288 (f), cons. 2c; ATF 120 IV 136, cons. 3a.

¹⁰⁰ ATF 117 IV 401 (f), cons 4.

¹⁰¹ ATF 118 IV 14, cons. 2, JT 1993 IV 166.

¹⁰² FF 1999 1869.

2. Cas particuliers

Dans le CP 2002, les peines privatives de liberté sont en principe supérieures à six mois (art. 40 CP 2002). Les peines de moins de six mois ne devraient être prononcées qu'à titre exceptionnel¹⁰³ et sont, le cas échéant, soumises à la réalisation de deux conditions cumulatives: le sursis à l'exécution de la peine ne doit pas être envisageable et il y a lieu d'admettre que ni une peine pécuniaire ni une peine d'intérêt général ne peuvent être exécutées (art. 41 al. 1 CP 2002). C'est pourquoi, afin de veiller au maintien du caractère exceptionnel de ces courtes peines, le législateur a prévu une motivation circonstanciée les concernant. Le Conseil fédéral estime que cela permettra à la prééminence des peines de substitution de s'imposer en pratique¹⁰⁴. Le juge doit donc tout particulièrement expliquer les motifs qui l'ont fait opter pour une courte peine privative de liberté (art. 41 al. 2 CP 2002).

D'autre part, lorsqu'il y a eu aggravation de la peine au sens de l'article 49 al. 1 CP 2002, le juge doit préciser l'importance attribuée à chacune des infractions¹⁰⁵. En cas de concours réel rétrospectif (art. 49 al. 2 CP 2002), le juge doit indiquer dans quelle mesure la peine précédente a été prise en compte et quelle est la peine additionnelle théorique¹⁰⁶.

F. *Imputation de la détention préventive*

Dans le CP 2002, l'imputation de la détention avant jugement (art. 51 CP 2002) est prescrite sans restriction et de manière impérative¹⁰⁷, alors qu'elle était davantage laissée à la libre appréciation du juge dans le CP 1937¹⁰⁸.

Au cas où aucune peine privative de liberté n'est prononcée, l'article 51 *in fine* CP 2002 énonce selon quelle clé de conversion le juge devra tenir compte de la détention préventive lors du prononcé de l'amende ou du travail d'intérêt général.

¹⁰³ FF 1999 1833.

¹⁰⁴ FF 1999 1849.

¹⁰⁵ FF 1999 1869.

¹⁰⁶ ATF 118 IV 119, cons. 2c, JT 1994 IV 137.

¹⁰⁷ FF 1999 1869.

¹⁰⁸ Elle n'était toutefois que très rarement refusée en pratique. Voir KILLIAS M., *op. cit. ad note 1*, n° 1219.

III. Quelle *lex mitior* en matière de fixation de la peine?

Le principe de la *lex mitior* relève du droit transitoire. En vertu de l'article 2 al. 2 CP 2002 (qui correspond exactement à l'article 2 al. 2 CP 1937), le CP 2002 sera applicable à la personne ayant commis une infraction avant son entrée en vigueur si ce nouveau code lui est plus favorable que l'ancien. Ainsi, le tribunal devra, dans chaque cas d'espèce, comparer les peines prévues par le nouveau et l'ancien droit et choisir la solution la plus favorable à l'accusé. Il devra alors appliquer soit le droit nouveau, soit l'ancien droit. Il ne pourra cumuler les deux solutions¹⁰⁹.

Globalement, le CP 2002 est une loi plus favorable que le CP 1937 en matière de fixation de la peine. Il convient cependant de revenir en détail sur chacun des thèmes examinés dans la présente contribution pour déterminer si – et dans quelle mesure – le nouveau droit est une *lex mitior*.

S'agissant de la **règle générale** (art. 47 CP 2002), il est possible de synthétiser les changements opérés par le nouveau droit en deux points principaux. En premier lieu, le législateur a expressément énuméré les éléments constitutifs de la culpabilité (art. 47 al. 2 CP 2002). Selon le Conseil fédéral, les injonctions de l'article 47 al. 2 CP 2002 revêtent un caractère suffisamment concret pour que leur inobservation puisse représenter une violation du droit fédéral¹¹⁰. Ainsi, en plus de la possibilité d'examiner si le juge a outrepassé son pouvoir d'appréciation, le TF pourra désormais s'assurer que le juge, en fixant la peine, a tenu compte de ces paramètres¹¹¹. En conséquence, le nouveau droit renforce la position de l'accusé et constitue en cela une *lex mitior*. En second lieu, le CP 2002 a introduit à l'article 49 al. 1 CP 2002 la mention expresse de l'avenir de l'auteur comme critère présidant à la fixation de la peine. Même si la question de savoir si le juge peut descendre en dessous de la culpabilité pour des motifs de prévention spéciale reste délicate, cet ajout du CP 2002 donne, à tout le moins, davantage d'importance à la situation

¹⁰⁹ FF 1999 1993.

¹¹⁰ FF 1999 1866.

¹¹¹ *Ibid.*

future de l'inculpé. A ce titre également, le CP 2002 est donc plus favorable.

Les règles sur l'**atténuation de la peine** ont sans doute subi l'une des plus importantes modifications du régime de la fixation de la peine: le passage d'une atténuation facultative, selon la libre appréciation du juge, à une atténuation obligatoire lorsque les conditions en sont réunies (art. 48 al. 1 CP 2002). Ce changement constitue une nette amélioration de la situation de l'auteur d'une infraction et le CP 2002 est sur ce point une *lex mitior*. Il l'est aussi concernant les effets de l'atténuation de la peine. En effet, le système de l'article 48a CP 2002 est assimilable à l'atténuation libre de l'ancien droit. L'atténuation simple, où le juge est limité par des barèmes de conversion (art. 65 CP 1937), n'est pas prévue dans le CP 2002. Il en découle une plus grande faculté pour le juge d'étendre vers le bas le cadre de la peine.

Quant aux **circonstances atténuantes** qui ont fait elles-mêmes l'objet d'une modification, le bilan est plus mitigé. Il est difficile de déduire des discussions de la doctrine sur la détresse profonde et le profond désarroi lequel des deux codes est une *lex mitior*. Le message du Conseil fédéral laisse tout de même entendre que la portée de la circonstance atténuante a été élargie¹¹², ce qui tendrait à faire penser que le nouveau droit est plus favorable. En revanche, la suppression de la circonstance liée au jeune âge rend le CP 2002 plus restrictif que ne l'était le CP 1937. Dans la situation particulière d'un auteur âgé de 18 à 20 ans, le CP 1937 pourrait ainsi se révéler être une *lex mitior* par rapport à son successeur.

La **circonstance aggravante** de la récidive a été abandonnée dans le CP 2002. Certes, cela répond en premier lieu au souci de respecter la jurisprudence sur l'interdiction de la double prise en considération des mêmes éléments. Mais les conséquences de cette suppression vont au-delà d'une simple adaptation à la jurisprudence, puisqu'il ne sera désormais plus possible d'élargir le cadre de la peine lors de l'examen des antécédents (art. 47 al. 1 CP 2002). Sur cette question, le CP 2002 est à nouveau plus favorable.

Enfin, en consacrant l'**obligation de motiver** dans le texte légal (art. 50 CP 2002), le nouveau droit a définitivement franchi le pas vers une plus grande sécurité juridique.

¹¹² FF 1999 1867.

IV. Conclusion

En 1992, HEIM¹¹³ écrivait: «*Prétendre déterminer le traitement approprié en mesurant le degré de culpabilité, comme on mesure la température d'un malade, est une démarche parfaitement illusoire. L'article 63 CP d'ailleurs, tout en exigeant que la peine soit fondée sur la faute, n'énonce pas et pour cause de manière détaillée et exhaustive les éléments qui doivent être pris en compte; il indique encore moins les conséquences exactes que le juge doit en tirer quant à la quotité de la peine*».

Certes, cette citation doit être remise dans son contexte: celui d'un plaidoyer pour le maintien d'un pouvoir d'appréciation accru du juge et pour la primauté de la prévention générale sur la prévention spéciale¹¹⁴. Cette vision paraît bien éloignée des considérations du législateur de 2002. Mais il n'en reste pas moins que l'auteur soulève implicitement les deux enjeux centraux de la problématique de la fixation de la peine: la notion de culpabilité et la question du pouvoir d'appréciation laissé au juge.

A défaut d'avoir été fondamentalement remise en question, la primauté de la culpabilité en matière de fixation de la peine a, à tout le moins, été ébranlée. La culpabilité au sens strict suppose uniquement la prise en compte de ce que l'auteur a commis, de ses actes dans le *passé*. Or, en termes d'utilité sociale, le système pénal a tout intérêt à se préoccuper avant tout de *l'avenir* des auteurs d'infractions. L'introduction de la prévention spéciale parmi les critères présidant à la fixation de la peine doit à l'évidence se comprendre à l'aune de cette préoccupation. Au final, la question de savoir si cela remet en cause la primauté de la culpabilité importe peu: le pas vers une meilleure prise en compte de l'avenir a été franchi avec le CP 2002, à la suite de la jurisprudence.

Quant au pouvoir d'appréciation du juge, il serait excessif de prétendre que le CP 2002 le restreint. Il s'emploie plutôt à mieux en réglementer l'exercice. En énumérant les critères que le juge est appelé à prendre en considération, en consacrant l'atténuation obligatoire lorsque les conditions en sont réunies et en faisant figurer l'obligation de motiver dans le texte légal, le nouveau droit ajoute çà et là de meilleures garanties quant à la sécurité juridique et améliore la position des inculpés dans la

¹¹³ HEIM W., JT 1992 IV 66.

¹¹⁴ Voir aussi HEIM W., JT 1994 IV 71.

procédure. Mais il conserve la souplesse requise, sans remettre fondamentalement en question la liberté d'appréciation du juge. Car même si des «*modèles mathématiques issus de la statistique pourraient assurer une plus grande égalité de traitement, rien ne dit que le traitement moyen soit juste. Il est donc fort probable que la justice gardera, sous cet angle, la magie d'un jugement porté par des êtres humains sur le comportement d'autres être humains*»¹¹⁵.

¹¹⁵ CORBOZ B., *art. cit. ad note 24*, p. 2.