



Master

2016

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le sursis: définition, conditions d'octroi et exécution avant et après la
réforme de 2015

Dupraz, Samuel

How to cite

DUPRAZ, Samuel. Le sursis: définition, conditions d'octroi et exécution avant et après la réforme de 2015. Master, 2016.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:98839>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 03:19



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Le sursis : définition, conditions d'octroi et exécution avant et après la réforme de 2015

Travail effectué dans le cadre du séminaire :
« Problèmes actuels du droit des sanctions »

Sous la direction de Yvan JEANNERET
Professeur à l'Université de Genève

Philomène MAY
Maître-Assistante

SAMUEL DUPRAZ
Semestre d'Automne 2016

TABLES DES MATIERES

I. Introduction.....	2
II. Définition et origine du sursis	3
III. Le sursis complet (art. 42 CP)	4
A. Conditions d'octroi (al. 1-3)	4
1. <i>Le genre de peine (al. 1).....</i>	5
2. <i>La quotité de la peine (al. 1).....</i>	5
3. <i>L'absence de pronostic défavorable (al. 1).....</i>	6
4. <i>La non application de l'al. 3.....</i>	7
5. <i>Les circonstances particulièrement favorables en cas d'antécédents (al. 2).....</i>	7
B. La problématique de la peine cumulée (al. 4).....	8
IV. Le sursis partiel (art. 43 CP)	11
A. Conditions d'octroi (al. 1)	12
1. <i>Le genre et la quotité de la peine.....</i>	12
2. <i>La condition clé : l'absence de pronostic défavorable</i>	12
B. Le juge <i>peut-il</i> ou <i>doit-il</i> octroyer le sursis partiel ?	13
1. <i>La peine jusqu'à deux ans.....</i>	13
2. <i>La peine privative de liberté de plus de deux à trois ans.....</i>	14
C. Les règles temporelles régissant le sursis partiel (al. 2-3)	14
V. La mise à l'épreuve (art. 44 - 46 CP).....	16
A. En général (art. 44 CP)	16
1. <i>Durée et dies a quo du délai d'épreuve (al. 1).....</i>	16
2. <i>L'assistance de probation et les règles de conduite (al. 2).....</i>	17
3. <i>La clause « pédagogique » (al. 3).....</i>	17
B. Succès de la mise à l'épreuve (art. 45 CP).....	18
C. Échec de la mise à l'épreuve (art. 46 CP).....	18
1. <i>Présence d'un pronostic défavorable (al. 1).....</i>	18
a) La révocation du sursis	18
b) Le cumul des deux peines ou la peine d'ensemble	19
2. <i>Absence d'un pronostic défavorable (al. 2).....</i>	20
3. <i>Dispositions complémentaires (al. 3-5).....</i>	20
VI. La réforme de 2015 : ce qui va (et ne va pas) changer.....	21
A. La suppression de la peine pécuniaire avec sursis partiel	22
B. La suppression de la peine pécuniaire en tant que peine cumulée	23
C. La suppression de la possibilité de modifier le genre de la peine	23
D. Les modifications induites par la réforme.....	24
VII. Conclusion	25
Bibliographie.....	27

I. Introduction

Le 13 décembre 2002, une révision de la partie générale du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (ci après : CP)¹ a été votée par le Parlement². Elle n'était pas encore entrée en vigueur qu'elle a engendré de nombreuses levées de boucliers et a dû subir en conséquence quelques modifications, adoptées le 24 mars 2006³. Ces changements n'ont toutefois pas suffi à faire taire les critiques, de sorte qu'un projet de réforme du droit des sanctions a été proposé par le Conseil fédéral le 4 avril 2012⁴. Ce dernier projet prévoyait notamment la suppression de la peine pécuniaire avec sursis à laquelle on reprochait de ne pas être suffisamment sérieuse et dissuasive⁵. Il avait également pour but de « rédui[re] l'éventail des sanctions possibles »⁶, alors même que le juge pouvait infliger pas moins de seize sortes de sanctions⁷.

Alors qu'une minorité proposait de ne pas entrer en matière⁸ et que certains auteurs se sont montrés critiques quant au bien fondé de la réforme⁹ – que ce soit avant ou après son adoption – le projet a tout de même été adopté le 19 juin 2015¹⁰, non sans avoir été modifié. Son entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2018¹¹.

Dans ce contexte, les dispositions sur le sursis, institution réglée aux art. 42 à 46 CP, ont subi quelques modifications, certaines notables, d'autres beaucoup moins. Mais quel est donc l'impact de cette réforme sur les dispositions du sursis ? Doit-on s'attendre à de grands changements ?

La présente contribution s'attachera dans un premier temps à traiter de la définition et des origines du sursis (*infra* II). Dans un deuxième temps, nous présenterons les dispositions actuelles du sursis, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017 (*infra* III à V). A cet effet, nous

¹ RS 311.0.

² RO 2006 3459.

³ RO 2006 3539.

⁴ FF 2012 4419; JEANNERET, Réforme, p. 346; BICHOVSKY, p. 35; WIPRÄCHTIGER, p. 478.

⁵ FF 2012 4385, p. 4391.

⁶ *Ibid.*, p. 4397.

⁷ *Ibid.*, p. 4390.

⁸ Cf. notamment les interventions de VISCHER Daniel (BO CN 2013, p. 1581) et de VON GRAFFENRIED Alec (BO CN 2013, p. 1583 s.).

⁹ Pour une critique très virulente, cf. WIPRÄCHTIGER, p. 477 ss. Plus modérés : JEANNERET, Réforme, p. 346 s.; BICHOVSKY, p. 40.

¹⁰ RO 2016 1249. Au Conseil national, par 142 voix contre 50 et 1 abstention (BO CN 2015, p. 1301) et au Conseil des États à l'unanimité (BO CE 2015, p. 679).

¹¹ RO 2016 1249, p. 1263.

nous pencherons tout d'abord sur les conditions d'octroi du sursis complet (*infra* III, A) et la problématique de la peine cumulée (*infra* III, B) avant d'effectuer un éclairage particulier sur le sursis partiel (*infra* IV) et sur les règles de mise à l'épreuve (*infra* V), corollaire nécessaire de l'octroi du sursis. Finalement, nous traiterons des modifications engendrées par la réforme et de la situation telle qu'elle se présentera dès le 1^{er} janvier 2018 (*infra* VI).

II. Définition et origine du sursis

Le sursis peut être défini de manière générale comme la « suspension, totale ou partielle, du prononcé ou de l'exécution d'une peine, dont le bénéficiaire est soumis à révocation en cas de nouvelle condamnation dans un certain délai d'épreuve »¹². Alors que certains voient son origine dans le principe de droit canon *absolutio ad reincidentiam*¹³, ses origines remontent pour d'autres plutôt à la fin du 19^e siècle, dès lors que le sursis est une institution manifestement étrangère, à la fois par son essence et son but, aux idées et aux mœurs des sociétés prérévolutionnaires¹⁴. C'est en tous les cas à l'institution de la *probation* (« mise à l'épreuve ») de droit anglo-saxon que nous devons la forme actuelle du sursis¹⁵.

Deux formes principales de sursis peuvent être dégagées aujourd'hui de nos sociétés occidentales : le sursis au *prononcé* de la peine et le sursis à l'*exécution* de la peine¹⁶. Toutes deux peuvent être divisées en deux sous-catégories¹⁷, de sorte que l'on trouve quatre catégories de sursis : tout d'abord, le *sursis à la condamnation ou au prononcé de la peine*, lequel reconnaît coupable le délinquant mais ne lui fixe pas de peine. Ce n'est que s'il échoue dans sa « mise à l'épreuve » qu'une peine est prononcée. Ce système prévalait jusqu'en 2006 à l'art. 97 aCP mais a été abandonné¹⁸ ; ensuite, l'*ajournement de la peine* reconnaît lui aussi coupable le délinquant mais fixe cette fois-ci une peine en « unités pénales », sans préciser quelle genre de peine sera utilisé en cas de révocation du sursis¹⁹. Ce système était prévu dans

¹² KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1347.

¹³ RIBORDY, p. 32; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348 (en particulier réf. citées note 79); CR CPI-KUHN, art. 42 N 2 (en particulier réf. citées note 3).

¹⁴ CONTAT, p. 186; CR CP I-KUHN, art. 42 N 2 (en particulier réf. citées note 4); KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348 (en particulier réf. citées note 80).

¹⁵ GARRÉ, p. 187; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348; CONTAT, p. 187; RIBORDY, p. 32; CR CP I-KUHN, art. 42 N 2; HURTADO POZO, N 1542; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Vor Art. 42 N 16.

¹⁶ CONTAT, p. 188; CR CP I-KUHN, art. 42 N 2; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348; RIBORDY, p. 32; CR CPI-KUHN, art. 42 N 3.

¹⁹ CONTAT, p. 188 s.; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348; CR CP I-KUHN, art. 42 N 4.

le projet du CP 2002²⁰ mais n'a pas trouvé grâce aux yeux du Parlement²¹ ; un troisième type de sursis est la *condamnation conditionnelle* – prévue notamment aux art. 132-35, 132-37 et 132-52 du Code pénal français – par laquelle le verdict de culpabilité est suivi d'une peine précise mais la condamnation soumise à une condition résolutoire, de sorte que la condamnation est effacée si le délai d'épreuve expire sans nouvelle infraction²² ; enfin, le *sursis conditionnel à l'exécution de la peine* prévoit que l'exécution de la peine est subordonnée à une condition suspensive, la condamnation subsistant même si le condamné n'a finalement pas besoin d'exécuter sa peine²³. C'est cette forme de sursis qui prévaut aujourd'hui en Suisse²⁴.

III. Le sursis complet (art. 42 CP)

A. Conditions d'octroi (al. 1-3)

Selon l'art. 42 al. 1 CP, « [l]e 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 ». Cinq conditions sont nécessaires à l'octroi du sursis²⁵ : la première a trait au genre de peine (*infra 1*) et la seconde à la quotité de la peine (*infra 2*). L'absence de pronostic défavorable (*infra 3*), la non application de l'art. 42 al. 3 CP (*infra 4*) et les circonstances particulièrement favorables en cas d'antécédents (*infra 5*) sont également des conditions nécessaires à l'octroi du sursis. Contrairement à ce que prévoit le texte légal de l'art. 42 al. 1 CP (« en règle générale »), le juge *doit* prononcer le sursis lorsque ces cinq conditions sont remplies²⁶. Ceci a été confirmé à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral²⁷.

²⁰ FF 1999 II 1787, p. 1849 ss; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348.

²¹ CONTAT, p. 189; CR CP I-KUHN, art. 42 N 4.

²² CONTAT, p. 189; CR CP I-KUHN, art. 42 N 5; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348.

²³ CONTAT, p. 189; CR CP I-KUHN, art. 42 N 6 et note 9; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1348.

²⁴ RIBORDY, p. 74; ROSSIER, p. 205; CR CP I-KUHN, art. 42 N 6.

²⁵ RIBORDY, p. 75; CR CP I-KUHN, art. 42 N 7; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1349.

²⁶ MOREILLON/BICHOVSKY, p. 253; CR CP I-KUHN, art. 42 N 7; HURTADO POZO, N 1549; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1349; RIBORDY, p. 75; QUELOZ, p. 207.

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_623/2015 du 26 novembre 2015, consid. 3.1; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_348/2014 du 19 juin 2014, consid. 2.2, partiellement publié in ATF 140 IV 97; ATF 135 IV 180, consid. 2.1; ATF 134 IV 1, consid. 4.2.2.

1. *Le genre de peine (al. 1)*

La sanction prononcée doit être une peine pécuniaire (art. 34 CP), un travail d'intérêt général (art. 37 CP) ou une peine privative de liberté (art. 40 CP)²⁸. Il est en revanche exclu d'octroyer le sursis à des mesures (art. 56 ss CP) et autres mesures (art. 66 ss CP)²⁹. Par ailleurs, l'infraction commise peut consister en un crime ou un délit³⁰. S'agissant des peines contraventionnelles, l'art. 105 al. 1 CP prévoit expressément que les dispositions sur le sursis et le sursis partiel ne s'appliquent pas. Il est donc également exclu d'octroyer le sursis à une amende (art. 106 CP) et à un travail d'intérêt général au sens de l'art. 107 CP³¹.

2. *La quotité de la peine (al. 1)*

Toutes les peines pécuniaires (de 360 jours-amende au plus selon l'art. 34 CP) et toutes les peines de travail d'intérêt général (de 720 heures au plus selon l'art. 37 CP) peuvent être assorties du sursis³². En revanche, s'agissant des peines privatives de liberté, seules les peines de six mois au moins et de deux ans au plus sont susceptibles d'être assorties du sursis³³. La durée déterminante est la durée de la peine prononcée, avant l'éventuelle imputation de la détention avant jugement³⁴, de sorte que le sursis pourra être prononcé même si la détention avant jugement est supérieure ou égale à la peine, compensant alors cette dernière³⁵.

En cas de concours rétroactif au sens de l'art. 49 al. 2 CP, la durée déterminante est la peine globale, soit celle infligée par la première condamnation additionnée à la peine complémentaire³⁶. Une telle manière de faire n'est cependant possible qu'en cas de peines de même genre, les peines d'un genre différent devant en effet être prononcées

²⁸ MOREILLON/BICHOVSKY, p. 253; CR CP I-KUHN, art. 42 N 8; HURTADO POZO, N 1545; RIBORDY, p. 74; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 131.

²⁹ CR CP I-KUHN, art. 42 N 8; VIREDAZ/THALMANN, N 77; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 253 s.; RIBORDY, p. 74.

³⁰ HURTADO POZO, N 1545; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 131.

³¹ MOREILLON/BICHOVSKY, p. 253 s.; CR CP I-KUHN, art. 42 N 8.

³² CR CP I-KUHN, art. 42 N 9; Petit Commentaire CP, art. 42 N 3; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 131.

³³ MOREILLON/BICHOVSKY, p. 253; CR CP I-KUHN, art. 42 N 12; HURTADO POZO, N 1545; Petit Commentaire CP, art. 42 N 4; RIBORDY, p. 75 s.; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 131; TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 2; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 2; SEELMANN/GETH, p. 203.

³⁴ ATF 117 IV 119, consid. 2b, JdT 1993 IV 73; ATF 84 IV 8, JdT 1958 IV 36; ATF 68 IV 202; CR CP I-KUHN, art. 42 N 14; Petit Commentaire CP, art. 42 N 7; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 3; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 42 N 3.

³⁵ CR CP I-KUHN, art. 42 N 14; Petit Commentaire CP, art. 42 N 7; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 4.

³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_941/2009 du 28 janvier 2010, consid. 3.2, SJ 2010 I 329; ATF 109 IV 68, consid. 3, JdT 1984 IV 66; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 42 N 3; CR CP I-KUHN, art. 42 N 15; Petit Commentaire CP, art. 42 N 7; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 128; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 15 ss.

cumulativement³⁷. Enfin, en cas de cumul des peines, il conviendra de considérer chaque peine individuellement pour voir si le sursis peut être octroyé ou non³⁸.

3. *L'absence de pronostic défavorable (al. 1)*

L'exigence de l'établissement d'un pronostic favorable – en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006 – a été abandonnée au profit de l'absence d'un pronostic défavorable³⁹. Pour octroyer le sursis, le juge devra ainsi ne pas être « en mesure d'établir à satisfaction que le délinquant va récidiver »⁴⁰. Il bénéficie à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation⁴¹. A cet effet, il doit apprécier globalement toutes les circonstances pertinentes du cas et tenir compte notamment des antécédents, de la réputation ainsi que de toutes autres circonstances qui pourraient permettre de tirer des conclusions à la fois sur le caractère de l'auteur mais aussi sur ses chances de faire ses preuves⁴². Par ailleurs, pour évaluer le risque de récidive, le juge doit dresser un tableau global de la personnalité de l'auteur⁴³ dont les principaux critères sont « les antécédents pénaux, la biographie de socialisation [ainsi que] le comportement au travail, l'existence de liens sociaux [et] les indices de danger de toxicomanie »⁴⁴. Il doit également prendre en compte les circonstances personnelles jusqu'au jugement, tout en n'attribuant pas d'importance prépondérante voire exclusive à l'un ou l'autre des critères⁴⁵.

Dans la prise en compte des antécédents, le juge ne pourra en aucun cas utiliser des condamnations éliminées du casier judiciaire, et ce conformément à l'art. 369 al. 7 CP⁴⁶. A cet égard, il est également important de rappeler que l'absence d'antécédents n'est pas une

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_296/2014 du 20 octobre 2014, consid. 2.5.2; ATF 138 IV 120, consid. 5.2, JdT 2013 IV 43; ATF 137 IV 57, consid. 4.3.1, JdT 2011 IV 389.

³⁸ ATF 138 IV 120, consid. 6, JdT 2013 IV 43.

³⁹ Petit Commentaire CP, art. 42 N 9; CR CP I-KUHN, art. 42 N 16; VIREDAZ/THALMANN, N 78; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1352; THALMANN, p. 1485; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 254; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 42 N 9; RIBORDY, p. 75; SEELMANN/GETH, p. 204; ROSSIER, p. 210.

⁴⁰ VIREDAZ/THALMANN, N 78.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1227/2015 du 29 juillet 2016, consid. 1.2.1; ATF 134 IV 140, consid. 4.2; ATF 128 IV 193, consid. 3a, JdT 2002 I 633; CR CP I-KUHN, art. 42 N 17; Petit Commentaire CP, art. 42 N 11; TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 9; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 15.

⁴² TF, 6B_1227/2015, 29 juillet 2016, consid. 1.2.1; ATF 135 IV 180, consid. 2.1; ATF 128 IV 193, consid. 3a, JdT 2002 I 633; Petit Commentaire CP, art. 42 N 11.

⁴³ ATF 128 IV 193, consid. 3a, JdT 2002 I 633; Petit Commentaire CP, art. 42 N 11; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 42 N 7; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 7.

⁴⁴ ATF 128 IV 193, consid. 3a, JdT 2002 I 633.

⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_100/2016 du 19 octobre 2016, consid. 2.1; TF, 6B_1227/2015, 29 juillet 2016, consid. 1.2.1; ATF 135 IV 180, consid. 2.1; ATF 134 IV 1, consid. 4.2.1; ATF 128 IV 193, consid. 3a, JdT 2002 I 633; TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 9.

⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_558/2016 du 29 juin 2016, consid. 1.1; ATF 136 IV 1, consid. 2.6.3, JdT 2011 IV 207; ATF 135 IV 87, consid. 2.4, JdT 2010 IV 29.

condition suffisante à l'absence de pronostic défavorable⁴⁷ tout comme la présence d'antécédents ne va pas nécessairement conduire à priver le condamné du bénéfice du sursis⁴⁸. En revanche, le prononcé d'une mesure implique nécessairement un pronostic défavorable⁴⁹.

4. *La non application de l'al. 3*

L'art. 42 al. 3 CP prévoit que « [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 ». On peut notamment penser au cas où l'auteur refuse de dédommager la victime malgré des injonctions de l'autorité ou une reconnaissance de dette⁵⁰.

Avant 2007, la réparation du dommage était une condition d'octroi du sursis, alors que dorénavant l'absence de réparation peut être une cause éventuelle de refus⁵¹. On est ainsi passé d'une condition matérielle positive à une condition matérielle négative⁵². L'important n'est pas la réparation effective du dommage mais l'attitude positive de l'auteur s'agissant de dédommager la victime⁵³.

5. *Les circonstances particulièrement favorables en cas d'antécédents (al. 2)*

La dernière condition nécessaire au sursis est prévue par l'art. 42 al. 2 CP. A teneur de celui-ci, « [s]i, 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 ».

⁴⁷ ATF 136 IV 1, consid. 2.6.3, JdT 2011 IV 207; VIREDAZ/THALMANN, N 79 et note 66.

⁴⁸ RIBORDY, p. 77; VIREDAZ/THALMANN, N 80; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 42 N 10. Cf. également *infra* III, A, 5.

⁴⁹ TF, 6B_1227/2015, 29 juillet 2016, consid. 1.2.4; ATF 135 IV 180, consid. 2.3; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 12; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 132.

⁵⁰ ATF 134 IV 1, consid. 4.2.4; TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 18; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 23.

⁵¹ CR CP I-KUHN, art. 42 N 18; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1353.

⁵² ROSSIER, p. 212; CR CP I-KUHN, art. 42 N 18; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1353; Petit Commentaire CP, art. 42 N 24.

⁵³ HURTADO POZO, N 1548.

Il y a notamment des circonstances particulièrement favorables lorsque la nouvelle infraction n'est pas en rapport avec les anciennes infractions déjà jugées et qu'il ne s'agit donc pas du même genre d'actes répréhensibles, de sorte que le sursis peut tout de même être accordé⁵⁴. Ainsi, s'agissant de l'octroi du sursis, le droit suisse est passé depuis le 1^{er} janvier 2007 d'une notion de récidive générale à une notion de récidive spéciale⁵⁵.

En outre, le délai de cinq ans prévu par l'art. 42 al. 2 CP court depuis le prononcé du jugement de première instance, ceci à des fins d'égalité de traitement entre ceux qui souhaiteraient recourir ou non contre la décision de première instance⁵⁶.

Enfin, il est important de noter que la notion de circonstance particulièrement favorable ne se limite pas seulement au rapport entre les anciennes et les nouvelles infractions. En effet, toutes les circonstances qui permettent de penser que le condamné ne commettra pas de nouvelles infractions à l'avenir pourraient être qualifiées de circonstances particulièrement favorables⁵⁷. A cet égard, on peut notamment penser à la vieillesse dès lors que la criminalité décroît avec l'âge⁵⁸.

B. La problématique de la peine cumulée (al. 4)

D'après l'art. 42 al. 4 CP, le juge a la possibilité de prononcer, en sus du sursis, une peine pécuniaire sans sursis ou une amende selon l'art. 106 CP. Il s'agit bien d'une *Kann-Vorschrift*⁵⁹, à l'exception du concours imparfait où une contravention est absorbée par un crime ou un délit, auquel cas le cumul est impératif⁶⁰.

⁵⁴ TF, 6B_100/2016, 19 octobre 2016, consid. 2.1; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_319/2016 du 5 août 2016, consid. 1.3.1; ATF 134 IV 1, consid. 4.2.3; FF 1999 II 1787, p. 1855; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1354; CR CP I-KUHN, art. 42 N 19; TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 17; GREINER, p. 101; STRATENWERTH, p. 141; ROSSIER, p. 211; Petit Commentaire CP, art. 42 N 20; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 21.

⁵⁵ RIBORDY, p. 76; CR CP I-KUHN, art. 42 N 19; ROSSIER, p. 211; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1354; Petit Commentaire CP, art. 42 N 18.

⁵⁶ CR CP I-KUHN, art. 42 N 21; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 95.

⁵⁷ CR CP I-KUHN, art. 42 N 22.

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_95/2013 du 10 décembre 2013, consid. 4; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1042/2008 du 30 avril 2009, consid. 2.1; JEANNERET, Réforme, p. 364; RIBORDY, p. 77; TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 20.

⁶⁰ TF, 6B_1042/2008, 30 avril 2009, consid. 2.1; ATF 134 IV 82, consid. 8.3, JdT 2009 I 554; JEANNERET, Réforme, p. 364; ABO YOUSSEF, p. 51.

Comme nous l'avons vu précédemment⁶¹, il n'est pas possible d'octroyer le sursis à une amende ou à un travail d'intérêt général au sens des art. 106, respectivement 107 CP. Ainsi, une personne sanctionnée d'une contravention se verra dans l'obligation de la payer alors qu'une personne condamnée à une peine pécuniaire – laquelle constitue par définition au minimum un délit (art. 10 al. 3 CP) – pourra être mise au bénéfice du sursis⁶². Cette particularité est connue des alémaniques comme la « *Schnittstellenproblematik* »⁶³. Pour pallier cette incohérence et pour « infliger facilement [...] des sanctions justes pour des actes se situant à la limite entre la contravention et le délit »⁶⁴, l'art. 42 al. 4 CP dans sa teneur actuelle a été introduit à la demande notamment des autorités de poursuite pénale⁶⁵.

Cette teneur-là de la disposition n'a toutefois pas mis fin aux critiques, bien au contraire. Ainsi, la question suivante s'est d'abord posée : la peine cumulée s'ajoute-t-elle à la peine principale fixée d'après les critères de l'art. 47 CP ou l'ensemble des deux peines doit-il être pris comme un tout, la peine globale étant ainsi fixée en unités pénales puis adaptée en scindant la peine en deux parties⁶⁶ ? Le Tribunal fédéral a tranché cette question de manière claire, en ce sens que la peine pécuniaire ferme ou l'amende ne peuvent en aucun cas conduire à une aggravation de la peine ou au prononcé d'une peine supplémentaire, de sorte qu'il y a lieu de prendre les deux peines comme un tout⁶⁷. L'essentiel réside dans le fait que l'ensemble des deux peines apparaisse comme étant la juste peine conformément aux critères de l'art. 47 CP⁶⁸.

Ensuite, la question suivante s'est également posée : le juge peut-il ajouter, en sus d'une peine pécuniaire principale de 360 jours-amende avec sursis, une peine pécuniaire cumulée ferme de 360 jours-amende également, de sorte que le condamné pourrait voir sa peine – théoriquement du moins – doublée ? La doctrine semble y répondre par la négative, tout en y

⁶¹ Cf. *supra* note 31.

⁶² CR CP I-KUHN, art. 42 N 23; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1356; RIBORDY, p. 77; Petit Commentaire CP, art. 42 N 28; THALMANN, p. 1486; ABO YOUSSEF, p. 38 s.

⁶³ ATF 134 IV 60, consid. 7.3.1; ABO YOUSSEF, p. 38 ss; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 102; TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 19; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 25; IMFELD, p. 50.

⁶⁴ FF 2005 4425, p. 4430.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 4430 et 4435. La révision du 13 novembre 2002 prévoyait à son art. 42 al. 4 que « [l]e juge peut prononcer une peine pécuniaire en plus du sursis » (RO 2006 3459, p. 3471). Cette teneur-là de la disposition n'est toutefois jamais entrée en vigueur au vu des critiques énoncées par les autorités de poursuite pénale.

⁶⁶ Cf. notamment JEANNERET, Chaud et froid, p. 283.

⁶⁷ ATF 135 IV 188, consid. 3.3, JdT 2011 IV 57; ATF 134 IV 60, consid. 7.3.2; ATF 134 IV 53, consid. 5.2, JdT 2009 I 569.

⁶⁸ ATF 135 IV 188, consid. 3.3, JdT 2011 IV 57; ATF 134 IV 1, consid. 4.5.2; ATF 124 IV 134, consid. 2c/bb, JdT 2000 IV 48; JEANNERET, Chaud et froid, p. 283; JEANNERET, Réforme, p. 364; OFK StGB-HUG, Art. 42 N 27; IMFELD, p. 67; ABO YOUSSEF, p. 41.

parvenant par différents moyens. Ainsi, alors que certains auteurs s'appuient sur la cohérence du système pour justifier leur propos⁶⁹, d'autres proposent d'appliquer par analogie la règle de l'art. 49 al. 1 CP sur le concours d'infractions, liant de la sorte le juge au maximum légal du genre de peine, soit 360 jours-amende⁷⁰. Quel que soit le moyen utilisé pour y parvenir, nous suivons l'avis de la doctrine, d'autant plus que le Tribunal fédéral est intervenu en excluant le fait que la peine cumulée puisse conduire à une aggravation de la peine⁷¹, ce qui serait assurément le cas si l'on permettait théoriquement de doubler la peine.

Par ailleurs, s'agissant du rapport entre la peine principale et la peine cumulée, le Tribunal fédéral a jugé que la peine cumulée doit être secondaire et accessoire⁷². Il a précisé cela en affirmant qu'elle ne doit pas excéder 20% de la peine principale⁷³.

Si la peine cumulée est une amende, un autre problème se pose alors puisque celle-ci répond à un système forfaitaire alors que les peines délictuelles et criminelles sont mesurées en unités pénales⁷⁴. A cet égard, JEANNERET⁷⁵ propose notamment d'utiliser le *quantum* de la peine privative de liberté de substitution (au sens de l'art. 106 al. 3 CP) comme critère pertinent. Dès lors que la tendance est à la prise en considération d'un montant de CHF 100.- par jour à tout le moins pour les infractions de masse⁷⁶, le calcul s'effectuerait à titre d'exemple de la manière suivante⁷⁷ : le juge fixe une peine de 20 unités pénales selon l'art. 47 CP, octroie le sursis et fixe une amende cumulée de CHF 500.- selon l'art. 42 al. 4 CP. Il précise que la peine privative de liberté de substitution sera de cinq jours (soit cinq unités pénales) en cas de

⁶⁹ JEANNERET, Chaud et froid, p. 284; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 138.

⁷⁰ MAIRE, p. 169; Petit Commentaire CP, art. 42 N 29.

⁷¹ Cf. *supra* note 67.

⁷² ATF 135 IV 188, consid. 3.3, JdT 2011 IV 57; ATF 135 IV 126, consid. 1.3.8; ATF 134 IV 60, consid. 7.3.2.

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_164/2011 du 23 décembre 2011, consid. 4.4.3; ATF 135 IV 188, consid. 3.4.4, JdT 2011 IV 57.

⁷⁴ JEANNERET, Chaud et froid, p. 283; THALMANN, p. 1486.

⁷⁵ JEANNERET, Chaud et froid, p. 284.

⁷⁶ JEANNERET, Chaud et froid, p. 287 et réf. citées note 58; THALMANN, p. 1488 s.; CR CP I-JEANNERET, art. 106 N 19; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 118; BSK StGB I-HEIMGARTNER, Art. 106 N 14. Cf. également Recommandations complémentaires sur la fixation de la peine (3.11.2006) de la Conférence des procureurs de suisse (<https://www.ssk-cps.ch/empfehlungen?lang=fr>). A noter que l'avant-projet du Conseil fédéral prévoyait d'instaurer à l'art. 106 al. 3bis AP-CP un taux fixe de conversion d'un jour de peine privative de liberté par tranche de CHF 100.- d'amende si le condamné ne s'acquitte pas de l'amende de manière fautive. Cette proposition a toutefois reçu un accueil mitigé notamment de certains cantons (SO, SG, ZH) et Universités (UNIL, UNINE) au motif qu'un taux fixe engendrerait de fortes inégalités et pénaliserait les délinquants à hauts revenus (cf. Synthèse, p. 36 s.), de sorte que le Conseil fédéral y a renoncé dans son projet de réforme (FF 2012 4385, p. 4404).

⁷⁷ Exemple tiré de JEANNERET, Chaud et froid, p. 284, note 43.

non paiement. Pour aboutir à une peine adéquate, il doit alors fixer la peine principale à 15 unités pénales (20-5).

Outre ces problèmes pratiques et d'interprétation, la distinction entre l'art. 42 al. 4 CP et le sursis partiel selon l'art. 43 CP⁷⁸ semble délicate à effectuer⁷⁹. La seule grande différence à signaler réside dans le fait que l'art. 42 al. 4 CP permet de s'affranchir des limites posées par l'art. 43 CP et ainsi d'élargir les combinaisons de peines possibles⁸⁰.

KUHN⁸¹ n'est d'ailleurs pas tendre avec cette disposition qu'il qualifie « [d']encouragement à l'abus et au contournement d'autres normes pénales ». Quoi qu'il en soit, nous allons encore entendre parler de cette disposition ces prochaines années, et ce n'est pas la prochaine révision législative qui dérogera à la règle⁸². A notre sens, une suppression pure et simple de l'art. 42 al. 4 CP – tel que le préconisait le Conseil fédéral dans son avant-projet⁸³ – et un retour aux « sources » du sursis s'imposent. En effet, comme le soulignent certains auteurs, il semble complètement aberrant de prononcer une peine supplémentaire ferme à une personne qui justement remplit les conditions du sursis⁸⁴.

IV. Le sursis partiel (art. 43 CP)

Le sursis partiel est une des nouveautés de la réforme de 2002⁸⁵. Il permet au juge de « fractionner l'exécution d'une peine en deux parties, l'une devant être exécutée de manière ferme, l'autre étant assortie du sursis »⁸⁶. Le dilemme du « tout ou rien » qui prévalait jusqu'alors est ainsi évité⁸⁷.

⁷⁸ Cf. à ce sujet *infra* IV.

⁷⁹ JEANNERET, Chaud et froid, p. 284 s.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 136; IMFELD, p. 66 s.

⁸⁰ CR CP I-KUHN, art. 42 N 26; JEANNERET, Chaud et froid, p. 285.

⁸¹ CR CP I-KUHN, art. 42 N 30.

⁸² En effet, comme nous le verrons, le législateur a maintenu la possibilité de prononcer une amende ferme en sus d'une peine avec sursis. Cf. à ce sujet *infra* VI, B.

⁸³ Cette proposition n'a malheureusement pas trouvé grâce aux yeux de la majorité des cantons et institutions ayant participé à la procédure de consultation (cf. Synthèse, p. 19 s.).

⁸⁴ MAIRE, p. 169; THALMANN, p. 1486; SOLLBERGER, p. 33 s.

⁸⁵ FF 1999 II 1787, p. 1789 et 1857 ss; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Vor Art. 42 N 68; TRECHSEL/PIETH, Vor Art. 42 N 2.

⁸⁶ Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 131.

⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1154/2014 du 31 mai 2016, consid. 4.2; ATF 134 IV 1, consid. 5.2; VIREDAZ/THALMANN, N 76; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1358; TRECHSEL/PIETH, Art. 43 N 1a; Petit Commentaire CP, art. 43 N 1; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 256.

A cet égard, l'art. 43 al. 1 CP prévoit que « [l]e juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur ».

Après avoir brièvement traité de ses conditions d'octroi (*infra* A), nous nous demanderons si le juge *peut* ou *doit* octroyer le sursis partiel (*infra* B) avant de terminer par la présentation des règles temporelles régissant le sursis partiel (*infra* C).

A. Conditions d'octroi (al. 1)

1. *Le genre et la quotité de la peine*

S'agissant du genre de peine, les limites sont les mêmes que pour le sursis complet. Nous renvoyons donc aux développements effectués auparavant⁸⁸. En revanche, s'agissant de la peine privative de liberté, le sursis partiel n'est possible qu'entre un an et trois ans⁸⁹. Cela n'est que peu surprenant, dès lors qu'une limite inférieure à un an aurait eu pour effet de faire réapparaître indirectement des peines privatives de liberté fermes de moins de six mois⁹⁰, ce que le législateur a justement voulu éviter lors de la réforme de 2002⁹¹.

2. *La condition clé : l'absence de pronostic défavorable*

Alors même que l'art. 43 CP ne le prévoit pas expressément, l'octroi d'un sursis partiel suppose – comme pour l'octroi du sursis complet de l'art. 42 CP – l'absence d'un pronostic défavorable⁹². Ceci ressort en effet implicitement du but et du sens de l'art. 43 CP⁹³. Dès lors, la loi exige que l'exécution de la peine soit au moins partiellement suspendue s'il existe des

⁸⁸ Cf. *supra* III, A, 1.

⁸⁹ CR CP I-KUHN, art. 43 N 8; Petit Commentaire CP, art. 43 N 5; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 43 N 9.

⁹⁰ CR CP I-KUHN, art. 43 N 8; VIREDAZ/THALMANN, N 88; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 131.

⁹¹ FF 1999 II 1787, p. 1857.

⁹² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_888/2015 du 2 mai 2016, consid. 3.3.2; ATF 134 IV 60, consid. 7.4; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 255.

⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_129/2015 du 11 avril 2016, consid. 3.1, partiellement publié *in* ATF 142 IV 89; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_232/2009 du 8 juin 2009, consid. 2.1; ATF 134 IV 1, consid. 5.3.1; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 255.

perspectives d'amendement⁹⁴. A l'inverse, un pronostic défavorable rend l'octroi du sursis partiel impossible⁹⁵. La peine doit en effet être entièrement exécutée s'il n'existe aucune perspective que l'auteur puisse être influencé d'une quelconque façon par l'octroi d'un sursis complet ou partiel⁹⁶. En revanche, un pronostic initialement défavorable peut tout de même conduire à l'octroi du sursis partiel si la partie de peine ferme ordonnée par le juge est à même de rendre le pronostic favorable⁹⁷. La prévention spéciale constitue en effet le but premier de la sanction pénale⁹⁸. Enfin, si l'octroi du sursis complet combiné à une peine additionnelle au sens de l'art. 42 al. 4 CP s'avère suffisant sous l'angle de la prévention spéciale, un sursis partiel ne pourra en aucun cas être envisagé⁹⁹.

B. Le juge *peut-il* ou *doit-il* octroyer le sursis partiel ?

1. La peine jusqu'à deux ans

S'agissant des peines allant jusqu'à deux ans¹⁰⁰ – pour lesquelles les art. 42 et 43 CP s'appliquent alors *a priori* les deux – le sursis complet constitue la règle et le sursis partiel l'exception¹⁰¹. A cet égard, le sursis complet *doit* naturellement être octroyé si toutes les conditions de ce dernier sont réunies¹⁰². En revanche, le sursis partiel *peut* être accordé si une ou plusieurs autres conditions du sursis complet font défaut¹⁰³, pour autant que le pronostic ne soit pas défavorable ou que la partie à exécuter soit susceptible de rendre ce pronostic favorable¹⁰⁴. A titre d'exemple, on peut notamment citer la présence d'antécédents non justifiés par des circonstances particulièrement favorables.

⁹⁴ TF, 6B_129/2015, 11 avril 2016, consid. 3.1, partiellement publié in ATF 142 IV 89; TF, 6B_232/2009, 8 juin 2009, consid. 2.1; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_719/2007 du 4 mars 2008, consid. 6.2.1; ATF 134 IV 1, consid. 5.3.1; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 255; Petit Commentaire CP, art. 43 N 6.

⁹⁵ *Loc. cit.*

⁹⁶ *Loc. cit.*

⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_587/2015 du 6 avril 2016, consid. 2.1.2; ATF 134 IV 1, consid. 5.5.2; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1361a; CR CP I-KUHN, art. 43 N 25.

⁹⁸ TF, 6B_587/2015, 6 avril 2016, consid. 2.1.2; ATF 134 IV 1, consid. 5.5.2; CR CP I-KUHN, art. 43 N 24.

⁹⁹ TF, 6B_587/2015, 6 avril 2016, consid. 2.1.2; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_583/2008 du 13 décembre 2008, consid. 2.2.3; ATF 134 IV 1, consid. 5.5.2; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 256; Petit Commentaire CP, art. 43 N 6; RIBORDY, p. 83.

¹⁰⁰ Toutes les peines de travail d'intérêt général (jusqu'à 720 heures au plus ; art. 37 al. 1 CP), toutes les peines pécuniaires (jusqu'à 360 jours-amende au plus ; art. 34 al. 1 CP) et les peines privatives de liberté d'un à deux ans.

¹⁰¹ TF, 6B_1154/2014, 31 mai 2016, consid. 4.2; TF, 6B_583/2008, 13 décembre 2008, consid. 2.2.3; ATF 134 IV 1, consid. 5.5.2; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 256; RIBORDY, p. 83; TRECHSEL/PIETH, Art. 43 N 3; Petit Commentaire CP, art. 43 N 6; OFK StGB-HUG, Art. 43 N 3; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 43 N 9.

¹⁰² CR CP I-KUHN, art. 43 N 22; THALMANN, p. 1486.

¹⁰³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1361a; CR CP I-KUHN, art. 43 N 23.

¹⁰⁴ *Cf. supra* notes 95 et 97.

2. La peine privative de liberté de plus de deux à trois ans

S'agissant des peines privatives de liberté de plus de deux à trois ans, l'art. 43 CP s'applique en revanche de manière autonome¹⁰⁵. En effet, il remplace alors le sursis complet – pour autant que la condition subjective de la perspective d'amendement soit réalisée – et pose ainsi une limite au principe de la prévention spéciale dès lors que la gravité de la faute commise implique qu'une partie au moins de la peine soit exécutée¹⁰⁶.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire que le sursis partiel *doit* être octroyé lorsque toutes les conditions du sursis complet – à l'exception de celle de la durée maximale – sont réunies, et ce malgré la lettre de l'art. 43 al. 1 CP¹⁰⁷. En revanche, si une ou plusieurs autres conditions du sursis complet font défaut, le sursis partiel *peut* être accordé aux mêmes restrictions que précédemment¹⁰⁸.

C. Les règles temporelles régissant le sursis partiel (al. 2-3)

D'après l'art. 43 al. 2 CP, la partie à exécuter ne peut être supérieure à la moitié de la peine. Cette restriction vaut pour tous les genres de peine¹⁰⁹. Par ailleurs, s'agissant du sursis partiel à l'exécution d'une *peine privative de liberté*, la partie suspendue et la partie ferme devront chacune être de six mois au moins, les règles d'octroi de la libération conditionnelle (art. 86 CP) n'étant toutefois pas applicables à la partie ferme (art. 43 al. 3 CP).

Le rapport entre la partie à exécuter et la partie assortie du sursis doit prendre en compte tant la probabilité que l'auteur ait un comportement futur conforme à la loi qu'une prise en considération équitable de sa culpabilité¹¹⁰. Quoiqu'il en soit, la partie assortie du sursis sera d'autant plus importante que le pronostic est favorable et l'acte peu condamnable¹¹¹. La partie

¹⁰⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_717/2011 du 17 janvier 2012, consid. 2; TF, 6B_232/2009, 8 juin 2009, consid. 2.2; ATF 134 IV 1, consid. 5.5.1; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 255; TRECHSEL/PIETH, Art. 43 N 5.

¹⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1204/2015 du 3 octobre 2016, consid. 1.4; TF, 6B_232/2009, 8 juin 2009, consid. 2.2; ATF 134 IV 1, consid. 5.5.1; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 255.

¹⁰⁷ ATF 134 IV 53, consid. 5.1, JdT 2009 I 569; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1361a; CR CP I-KUHN, art. 43 N 21 s.; RIBORDY, p. 83; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 131; Petit Commentaire CP, art. 43 N 7.

¹⁰⁸ Cf. *supra* notes 95 et 97.

¹⁰⁹ BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 43 N 22; TRECHSEL/PIETH, Art. 43 N 6; GREINER, p. 116 s.

¹¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1323/2015 du 2 septembre 2016, consid. 1.1; ATF 134 IV 1, consid. 5.6; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 256; CR CP I-KUHN, art. 43 N 10.

¹¹¹ TF, 6B_1323/2015, 2 septembre 2016, consid. 1.1; ATF 134 IV 1, consid. 5.6; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 256; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 43 N 2; RIBORDY, p. 81; Petit Commentaire CP, art. 43 N 11.

à exécuter devra toutefois demeurer proportionnée aux divers aspects de la faute¹¹². Comme le prévoient les art. 43 al. 2 et 3 CP, la partie assortie du sursis devra dans tous les cas être aussi importante que la partie ferme, ceci indépendamment du genre de peine et à la seule restriction près du plancher de six mois ferme prévu pour les peines privatives de liberté¹¹³. Dès lors que le maximum légal du sursis partiel est fixé à trois ans et que la partie ferme ne peut être inférieure à six mois, cela a notamment pour incidence que la peine suspendue peut être fixée à deux ans et demi alors qu'un maximum de deux ans est prévu pour le sursis complet¹¹⁴.

Par ailleurs, l'exclusion des règles de la libération conditionnelle n'est pas restée sans critiques. Cette dernière a été instaurée dans le but d'éviter « une double érosion des peines privatives de liberté et de satisfaire les opposants au sursis partiel [pour qui] la libération conditionnelle permet[tait] déjà de fractionner la peine »¹¹⁵. A cet effet, certains auteurs lui reprochent le fait qu'à travers le maximum légal de trois ans prévu pour le sursis partiel et le fait que la partie à exécuter ne puisse être supérieure à la moitié de la peine, le juge a désormais la possibilité d'infliger une peine incompressible de dix-huit mois¹¹⁶. La solution retenue par le législateur est selon eux regrettable et met en évidence une confusion entre la notion de sursis partiel – laquelle relève de la confiance *subjective* accordée au condamné lors du prononcé de la sanction – et la notion de libération conditionnelle qui, elle, repose plutôt sur l'idée de clémence accordée lors de l'exécution de la peine à un condamné qui fait *objectivement* preuve d'amendement¹¹⁷. Nous ne pouvons que souscrire à ce point de vue.

¹¹² TF, 6B_1323/2015, 2 septembre 2016, consid. 1.1; ATF 134 IV 1, consid. 5.6; RIBORDY, p. 81; MOREILLON/BICHOVSKY, p. 256;

¹¹³ CR CP I-KUHN, art. 43 N 16; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 43 N 23.

¹¹⁴ CR CP I-KUHN, art. 43 N 18; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1362.

¹¹⁵ CR CP I-KUHN, art. 43 N 17.

¹¹⁶ RIBORDY, p. 82 s.; CR CP I-KUHN, art. 43 N 18; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1362; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 131; ROSSIER, p. 214.

¹¹⁷ A ce sujet, *cf.* notamment : KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1362; CR CP I-KUHN, art. 43 N 19; ROSSIER, p. 214; Petit Commentaire CP, art. 43 N 12.

V. La mise à l'épreuve (art. 44 – 46 CP)

A. En général (art. 44 CP)

1. *Durée et dies a quo du délai d'épreuve (al. 1)*

S'il suspend totalement ou partiellement l'exécution d'une peine, le juge doit impartir au condamné un délai d'épreuve de deux à cinq ans (art. 44 al. 1 CP).

Tout d'abord, la durée du délai d'épreuve doit être fixée en tenant compte des circonstances du cas d'espèce, soit notamment de la personnalité et du caractère du condamné ainsi que du risque de récidive qu'il représente¹¹⁸ et non en fonction de sa culpabilité ou d'un quelconque rapport avec la durée de la peine prononcée¹¹⁹.

La question du *dies a quo* est en revanche controversée. Si la doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire que, s'agissant du sursis complet, c'est au moment de la communication du jugement exécutoire au condamné que le délai d'épreuve commence à courir¹²⁰, il n'en va pas de même pour le sursis partiel. En effet, alors que la doctrine majoritaire est d'avis que le délai d'épreuve ne peut commencer à courir qu'une fois la peine sans sursis exécutée¹²¹, KUHN¹²² est lui d'avis que le délai d'épreuve doit également courir dès la communication du jugement exécutoire. A notre sens, la meilleure solution serait de considérer que le délai d'épreuve commence à courir dès la communication du jugement exécutoire, mais que l'écoulement du délai d'épreuve soit suspendu pendant la période durant laquelle le condamné exécute sa peine et reprenne une fois la peine ferme exécutée¹²³.

¹¹⁸ TF, 6B_1227/2015, 29 juillet 2016, consid. 1.2.1; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_402/2011 du 8 septembre 2011, consid. 1.2; ATF 95 IV 121, consid. 1, JdT 1970 IV 48; Petit Commentaire CP, art. 44 N 2; CR CP I-KUHN, art. 44 N 7; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 44 N 2; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 44 N 4; OFK StGB-HUG, Art. 44 N 1.

¹¹⁹ CR CP I-KUHN, art. 44 N 7; QUELOZ, p. 209.

¹²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_114/2013 du 1^{er} juillet 2013, consid. 7, SJ 2014 I 258; ATF 120 IV 172, consid. 2a, JdT 1996 IV 6; ATF 118 IV 102, consid. 1b/bb, JdT 1994 IV 99; CR CP I-KUHN, art. 44 N 8; Petit Commentaire CP, art. 44 N 3; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 44 N 3; TRECHSEL/PIETH, Art. 44 N 2.

¹²¹ Petit Commentaire CP, art. 44 N 3; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 44 N 9; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 44 N 3; GREINER, p. 125; TRECHSEL/PIETH, art. 44 N 5.

¹²² CR CP I-KUHN, art. 44 N 10 ss. En effet, le fait que le délai ne commence à courir qu'une fois la partie ferme exécutée amènerait selon lui à admettre que le délai d'épreuve ne court pas encore durant toute la période précédant le début de l'exécution de la partie ferme.

¹²³ Dans le même sens, OFK StGB-HUG, Art. 44 N 1. Cet auteur prône l'application par analogie de l'art. 99 al. 2 let. a CP.

2. *L'assistance de probation et les règles de conduite (al. 2)*

A teneur de l'art. 44 al. 2 CP, le juge peut en outre ordonner une assistance de probation et imposer des règles de conduite pour la durée du délai d'épreuve. Alors que l'*assistance de probation* peut être définie spécifiquement comme « une institution [...] chargée d'une mission spéciale de prévention impliquant prioritairement une aide sociale ciblée, ainsi qu'un contrôle évaluatif de ses effets »¹²⁴, les *règles de conduite* sont quant à elles de manière plus générale et à l'instar de l'assistance de probation « un type particulier de mesures ambulatoires d'accompagnement visant à réduire le danger de récidive pendant la période d'épreuve »¹²⁵.

Ces deux institutions sont réglées aux art. 93 à 95 CP. Elles peuvent être librement ordonnées par le juge et visent à favoriser la réussite du sursis¹²⁶. Par ailleurs, dès lors que la prévention spéciale doit régler le choix des règles de conduite¹²⁷, ces dernières doivent servir l'amendement du condamné et ne sont en aucun cas destinées à le punir davantage ou à protéger la société¹²⁸.

3. *La clause « pédagogique » (al. 3)*

En dernier lieu, le juge se doit d'expliquer au condamné la portée et les conséquences du sursis ou du sursis partiel à l'exécution de la peine (art. 44 al. 3 CP). Cette clause « pédagogique »¹²⁹ s'explique notamment par le but d'éviter que le condamné ait l'impression d'avoir été acquitté¹³⁰. Le juge devra ainsi expliquer clairement au condamné ce qu'il risque en cas de récidive et quelles conséquences pourraient avoir le non respect des règles de conduite ou la soustraction à l'assistance de probation¹³¹.

¹²⁴ CR CP I-PERRIN, art. 93 N 15.

¹²⁵ FF 1999 II 1787, p. 1932; CR CP I-PERRIN, art. 94 N 8.

¹²⁶ VIREDAZ/THALMANN, N 92 et 94; CR CP I-KUHN, art. 44 N 15 s.

¹²⁷ Pour des exemples de règles de conduite, cf. notamment VIREDAZ/THALMANN, N 94; Petit Commentaire CP, art. 44 N 10 ss.

¹²⁸ ATF 130 IV 1, consid. 2.1, JdT 2004 IV 159; ATF 108 IV 152, consid. 3a, JdT 1983 IV 132; CR CP I-KUHN, art. 44 N 16; Petit Commentaire CP, art. 44 N 6.

¹²⁹ Terme emprunté à QUELOZ, p. 209.

¹³⁰ CR CP I-KUHN, art. 44 N 18; Petit Commentaire CP, art. 44 N 8; QUELOZ, p. 209; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 44 N 6; TRECHSEL/PIETH, Art. 44 N 8.

¹³¹ CR CP I-KUHN, art. 44 N 18; Petit Commentaire CP, art. 44 N 8; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 44 N 52.

B. Succès de la mise à l'épreuve (art. 45 CP)

Conformément à l'art. 45 CP, le condamné n'exécute pas la peine prononcée avec sursis s'il a subi la mise à l'épreuve avec succès. Cela engendre l'annulation définitive du caractère exécutoire de la sanction assortie du sursis¹³². Le jugement ne sera éliminé du casier judiciaire qu'après dix ans conformément à l'art. 369 al. 3 CP mais il aura l'avantage de ne plus apparaître dans l'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers (art. 371 al. 3bis CP)¹³³.

C. Échec de la mise à l'épreuve (art. 46 CP)

1. Présence d'un pronostic défavorable (al. 1)

a) La révocation du sursis

Aux termes de l'art. 46 al. 1 1^{ère} phr. CP, « [s]i, durant le délai d'épreuve, le condamné commet un crime ou un délit et qu'il y a dès lors lieu de prévoir qu'il commettra de nouvelles infractions, le juge révoque le sursis ou le sursis partiel ».

Conformément à la lettre de l'art. 46 al. 1 CP, la nouvelle infraction commise par le condamné doit être un crime ou un délit¹³⁴ – la négligence étant par ailleurs suffisante¹³⁵ –, de sorte qu'une contravention ne suffira pas à permettre au juge de révoquer le sursis¹³⁶.

Contrairement à l'octroi du sursis où l'on applique la notion de récidive spéciale¹³⁷, une récidive générale suffit pour permettre la révocation du sursis¹³⁸. Par ailleurs, en sus du fait que le crime ou le délit soit commis durant le délai d'épreuve, il faut pouvoir prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions¹³⁹, notion qui englobe également les

¹³² FF 1999 II 1787, p. 1860; CR CPI-KUHN, art. 45 N 3; Petit Commentaire CP, art. 45 N 1; TRECHSEL/PIETH, Art. 45 N 1; ROSSIER, p. 216; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 45 N 1.

¹³³ CR CP I-KUHN, art. 45 N 6; Petit Commentaire CP, art. 45 N 3; TRECHSEL/PIETH, Art. 45 N 2.

¹³⁴ VIREDAZ/THALMANN, N 143; CR CP I-KUHN, art. 46 N 5; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 46 N 1;

¹³⁵ CR CP I-KUHN, art. 46 N 7; TRECHSEL/PIETH, Art. 46 N 1; Petit Commentaire CP, art. 46 N 4; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 46 N 1.

¹³⁶ VIREDAZ/THALMANN, N 143; CR CP I-KUHN, art. 46 N 5.

¹³⁷ Cf. *supra* note 55.

¹³⁸ CR CP I-KUHN, art. 46 N 6; VIREDAZ/THALMANN, N 143; Petit Commentaire CP, art. 46 N 4.

¹³⁹ HURTADO POZO, N 1554; CR CP I-KUHN, art. 46 N 11; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1364; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 46 N 2.

contraventions¹⁴⁰. Pour juger du risque de commettre de nouvelles infractions, il convient de procéder à l'évaluation de l'ensemble du comportement du condamné pendant le délai d'épreuve, et non pas de se satisfaire de son comportement en lien avec le nouveau crime ou délit¹⁴¹. La révocation du sursis ne pourra donc intervenir que si la nouvelle infraction laisse entrevoir une réduction sensible des perspectives de succès de la mise à l'épreuve¹⁴² amenant ainsi le juge à constater un pronostic défavorable¹⁴³. A noter que même si toutes les conditions de la révocation du sursis sont réunies, le juge ne pourra pas révoquer le sursis si les conditions d'une exemption de peine sont données (art. 55 al. 1 CP)¹⁴⁴.

b) *Le cumul des deux peines ou la peine d'ensemble*

Si le juge révoque le sursis ou le sursis partiel, il pourra soit modifier le genre de la peine révoquée pour fixer, avec la nouvelle peine, une peine d'ensemble conformément à l'art. 49 CP (art. 46 al. 1 2^{ème} phr. CP) soit cumuler la peine révoquée et la nouvelle peine¹⁴⁵. En revanche, il ne pourra prononcer une peine privative de liberté ferme que si la peine d'ensemble est de six mois au moins ou encore si les conditions prévues à l'art. 41 CP sont réalisées (art. 46 al. 1 *in fine* CP).

La possibilité¹⁴⁶ laissée au juge de fixer une peine d'ensemble uniquement dans le cas où les peines ne sont pas de même genre n'est pas restée sans critiques¹⁴⁷. Le Tribunal fédéral a toutefois clairement tranché la question en prévoyant qu'il n'était pas possible, conformément à la lettre de l'art. 46 al. 1 2^{ème} phr. CP, de fixer une peine d'ensemble pour des peines de même genre¹⁴⁸.

¹⁴⁰ Petit Commentaire CP, art. 46 N 10; GREINER, p. 127.

¹⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_714/2015 du 28 septembre 2015, consid. 2.4; ATF 128 IV 3, consid. 4b, JdT 2004 IV 34; ATF 103 IV 138, consid. 2; CR CP I-KUHN, art. 46 N 8.

¹⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_105/2016 du 11 octobre 2016, consid. 1.1; ATF 134 IV 140, consid. 4.2 et 4.3; FF 1999 II 1787, p. 1862; CR CP I-KUHN, art. 46 N 8; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1364; Petit Commentaire CP, art. 46 N 1.

¹⁴³ CR CP I-KUHN, art. 46 N 8; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1364.

¹⁴⁴ HURTADO POZO, N 1556; CR CP I-KUHN, art. 46 N 12.

¹⁴⁵ CR CP I-KUHN, art. 46 N 13.

¹⁴⁶ Il s'agit bien d'une *Kann-Vorschrift*. Cf. notamment ATF 134 IV 241, consid. 4.4; JEANNERET, Réforme, p. 366.

¹⁴⁷ Cf. à ce sujet notamment : CR CP I-KUHN, art. 46 N 15; VIREDAZ/THALMANN, N 148; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 46 N 37; STRATENWERTH, p. 164 s.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 46 N 4; TRECHSEL/PIETH, Art. 46 N 5.

¹⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_442/2015 du 27 janvier 2016, consid. 1.1; ATF 138 IV 113, consid. 4, JdT 2013 IV 63; ATF 134 IV 241, consid. 4.4.

Une autre question s'est posée en doctrine, à savoir s'il était possible de modifier le genre de la peine antérieure *au détriment* du condamné. Une partie de la doctrine est très vite intervenue en s'y opposant et en considérant qu'il est plus que douteux du point de vue de l'Etat de droit (« rechtsstaatlich mehr als bedenklich ») que l'on puisse convertir une peine plus légère en une peine plus lourde¹⁴⁹. Le Tribunal fédéral est cette fois allé dans le sens de la majorité en arrivant à la conclusion qu'il n'était pas possible de modifier le genre de peine en défaveur du condamné dès lors que cela contredirait la *ratio legis* de cette disposition¹⁵⁰.

2. Absence d'un pronostic défavorable (al. 2)

En revanche, « [s]'il n'y a pas lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions, le juge renonce à ordonner la révocation. Il peut adresser au condamné un avertissement et prolonger le délai d'épreuve de la moitié au plus de la durée fixée dans le jugement. Il peut ordonner une assistance de probation et imposer des règles de conduite pour le délai d'épreuve ainsi prolongé. Si la prolongation intervient après l'expiration du délai d'épreuve, elle court dès le jour où elle est ordonnée » (art. 46 al. 2 CP).

Cette « clause de la seconde chance »¹⁵¹ impose au juge de renoncer à la révocation s'il n'est pas en mesure de poser un pronostic défavorable¹⁵². Dans ce cas, il devra, parmi les possibilités offertes par la loi, choisir la solution la plus appropriée et la mieux à même d'atteindre le but espéré, à savoir le maintien d'un comportement futur adéquat du condamné¹⁵³.

3. Dispositions complémentaires (al. 3-5)

D'après l'art. 46 al. 3 CP, « [l]e juge appelé à connaître du nouveau crime ou du nouveau délit est également compétent pour statuer sur la révocation ». En revanche, si le condamné se soustrait à l'assistance de probation ou viole des règles de conduite, justifiant ainsi une

¹⁴⁹ BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 46 N 34; STRATENWERTH, p. 164. *Contra* : CR CP I-KUHN, art. 46 N 16.

¹⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_436/2013 du 27 juin 2013, consid. 1.3; ATF 137 IV 249, consid. 3.4.3, JdT 2012 IV 205.

¹⁵¹ Terme employé notamment par KUHN, p. 104. On pourrait même à notre sens parler de « clause de la troisième chance » dès lors que l'octroi du sursis constitue déjà en quelque sorte une seconde chance.

¹⁵² RIBORDY, p. 84; KUHN, p. 104; VIREDAZ/THALMANN, N 144; Petit Commentaire CP, art. 46 N 15; QUELOZ, p. 210.

¹⁵³ STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 46 N 6.

révocation, cette dernière devra être ordonnée par le juge qui a octroyé le sursis¹⁵⁴. Si le sursis a été octroyé par un tribunal étranger, le juge suisse ne sera en outre pas compétent pour le révoquer¹⁵⁵.

Si le condamné se soustrait à l'assistance de probation ou viole les règles de conduite, l'art. 95 al. 3 à 5 trouve application (art. 46 al. 4 CP). Le juge pourra dans ce cas *notamment* prolonger le délai d'épreuve de la moitié au plus de sa durée initiale (art. 95 al. 4 let. a CP), ordonner une nouvelle assistance de probation (art. 95 al. 4 let. b CP), modifier les règles de conduite (art. 95 al. 4 let. c CP) ou encore – en tant que *ultima ratio* et pour autant que le condamné présente un risque sérieux de récidive¹⁵⁶ – révoquer le sursis (art. 95 al. 5 CP). La révocation devra dans ce cas, comme nous l'avons vu¹⁵⁷, être ordonnée par le juge qui a octroyé le sursis.

Enfin, l'art. 46 al. 5 CP prévoit qu'il n'est plus possible d'ordonner la révocation lorsque trois ans se sont écoulés depuis l'expiration du délai d'épreuve. Ceci vise la situation où une autorité n'apprendrait le motif de révocation qu'après la fin du délai d'épreuve¹⁵⁸.

VI. La réforme de 2015 : ce qui va (et ne va pas) changer

La réforme de 2015 a apporté d'importantes modifications dans le domaine du droit des sanctions, et pas seulement s'agissant du sursis. Ainsi, parmi les principales innovations « hors sursis », on peut notamment citer l'abaissement du plafond des peines pécuniaires à 180 jours-amende et l'instauration d'un plancher de 3 jours-amende (art. 34 al. 1 1^{ère} phr. nCP)¹⁵⁹ ; la suppression de la « clause de sauvegarde » que constituaient les art. 36 al. 3 à 5 CP¹⁶⁰ ; l'abaissement du plancher des peines privatives de liberté à 3 jours (art. 40 al. 1 nCP)¹⁶¹ et la rétrogradation du travail d'intérêt général en une modalité d'exécution de la

¹⁵⁴ Petit Commentaire CP, art. 46 N 18; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 147; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 46 N 7.

¹⁵⁵ CR CP I-KUHN, art. 46 N 11; Petit Commentaire CP, art. 46 N 19; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 46 N 61; TRECHSEL/PIETH, Art. 46 N 10.

¹⁵⁶ CR CP I-PERRIN, art. 95 N 21; QUELOZ, p. 210.

¹⁵⁷ Cf. *supra* note 154.

¹⁵⁸ CR CP I-KUHN, art. 46 N 19; Petit Commentaire CP, art. 46 N 21; ROSSIER, p. 218; TRECHSEL/PIETH, Art. 46 N 16.

¹⁵⁹ RO 2016 1249, p. 1249; JEANNERET, Réforme, p. 348; JOSITSCH/VON ROTZ, p. 497.

¹⁶⁰ RO 2016 1249, p. 1250; JEANNERET, Réforme, p. 353.

¹⁶¹ RO 2016 1249, p. 1250; JEANNERET, Réforme, p. 354 s.; JOSITSCH/VON ROTZ, p. 498; WIPRÄCHTIGER, p. 478.

peine (art. 79a nCP)¹⁶². Par ailleurs, la future réforme va également engendrer les modifications suivantes s’agissant du sursis :

A. La suppression de la peine pécuniaire avec sursis partiel

Contrairement à ce que souhaitait le Conseil fédéral – et qui constituait comme nous l’avons vu l’un des buts principaux de la réforme¹⁶³ – le législateur n’a pas souhaité supprimer les peines pécuniaires s’agissant du sursis complet mais a accepté leur suppression s’agissant du sursis partiel¹⁶⁴.

Le conseiller national SCHWAAB avait d’entrée de débat pris la parole au nom de la Commission des affaires juridiques en précisant notamment que le taux de récidive aurait explosé si le nouveau régime était aussi peu dissuasif que ce que les critiques prétendaient – ce qui n’a pas été le cas – et que la possibilité du sursis devait être maintenue pour éviter au juge de faire face au dilemme « peine pécuniaire ferme ou peine privative de liberté avec sursis »¹⁶⁵. Le conseiller national NIDEGGER est même allé jusqu’à dire qu’une telle solution l’inciterait à conseiller à ses clients de demander une peine privative de liberté pour laquelle le sursis est possible plutôt qu’une peine pécuniaire ferme¹⁶⁶. L’idée de la suppression de la peine pécuniaire avec sursis complet a ainsi été abandonnée et l’art. 43 al. 1 CP uniquement modifié, permettant ainsi au juge de « suspendre partiellement l’exécution d’une peine privative de liberté d’un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l’auteur » (art. 43 al. 1 nCP)¹⁶⁷. On constate ainsi la disparition de la peine pécuniaire et du travail d’intérêt général des peines susceptibles d’être assorties du sursis partiel.

¹⁶² RO 2016 1249, p. 1253; JEANNERET, Réforme, p. 354 et 361; BICHOVSKY, p. 35; JOSITSCH/VON ROTZ, p. 500; WIPRÄCHTIGER, p. 478.

¹⁶³ Cf. *supra* note 5.

¹⁶⁴ JEANNERET, Réforme, p. 363 s.; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 133; JOSITSCH/VON ROTZ, p. 497.

¹⁶⁵ BO CN 2013, p. 1579 s. Le conseiller national LÜSCHER a quant à lui qualifié les jours-amende avec sursis de « cadeau bonus offert par la Confédération » et rappelé qu’une initiative parlementaire visant à supprimer les peines pécuniaires avait été proposée en 2008 par le parti libéral-radical mais que la garantie du retour des courtes peines privatives de liberté et le fait que le juge ait le choix entre ces deux peines leur avait fait changer de position (BO CN 2013, p. 1584 s.).

¹⁶⁶ BO CN 2013, p. 1609.

¹⁶⁷ RO 2016 1249, p. 1251.

B. La suppression de la peine pécuniaire en tant que peine cumulée

Le projet du Conseil fédéral prévoyait à l'origine de modifier quelque peu l'art. 42 al. 4 CP pour permettre au juge de ne prononcer qu'une peine pécuniaire en sus du sursis¹⁶⁸. Cette solution nous paraît quelque peu surprenante puisque c'est justement cette teneur-là de la disposition qui avait engendré des critiques de la part des autorités de poursuite pénale et abouti, avant même l'entrée en vigueur de la réforme de 2002, à une modification législative¹⁶⁹. Le Parlement n'a de toute manière pas adhéré à cette solution¹⁷⁰. Il a en effet supprimé complètement la possibilité d'infliger une peine pécuniaire ferme en tant que peine cumulée et retenu finalement que « [l]e juge peut prononcer, en plus d'une peine avec sursis, une amende conformément à l'art. 106 » (art. 42 al. 4 nCP)¹⁷¹. Comme le souligne JEANNERET¹⁷², les règles établies par la jurisprudence jusqu'à présent ne devraient pas se trouver bouleversées par cette modification.

C. La suppression de la possibilité de modifier le genre de la peine

Alors que le projet du Conseil fédéral prévoyait uniquement d'abroger l'art. 46 al. 1 3^{ème} phr. CP¹⁷³, une modification importante a été apportée par le Parlement. A cet effet, à teneur de l'art. 46 al. 1 2^{ème} phr. nCP, le juge devra fixer une peine d'ensemble en appliquant l'art. 49 CP par analogie si la peine révoquée et la nouvelle peine sont du même genre¹⁷⁴. Ainsi, alors que le Tribunal fédéral exigeait auparavant que les peines soient de genre différent pour fixer une peine d'ensemble, le juge ne pourra, à l'aune du nouveau droit, fixer une peine d'ensemble *que* si les peines sont de même genre, renversant ainsi totalement l'interprétation du Tribunal fédéral¹⁷⁵. Cette modification est, selon JEANNERET¹⁷⁶, bienvenue dès lors qu'elle « apporte une réponse satisfaisante aux objections tirées de la force de chose jugée de la condamnation antérieure, malmenée par la faculté, alors réservée au juge par l'art. 46 al. 1 CP [actuel], de modifier le genre de cette peine ». En outre, il convient de noter que contrairement à l'actuel art. 46 al. 1 2^{ème} phr. CP, la nouvelle norme prévoit que le juge « fixe

¹⁶⁸ FF 2012 4419, p. 4420.

¹⁶⁹ Cf. *supra* note 65.

¹⁷⁰ JEANNERET, Réforme, p. 364; JOSITSCH/VON ROTZ, p. 498.

¹⁷¹ RO 2016 1249, p. 1250.

¹⁷² JEANNERET, Réforme, p. 364.

¹⁷³ FF 2012 4419, p. 4421.

¹⁷⁴ RO 2016 1249, p. 1251; JEANNERET, Réforme, p. 366; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 135.

¹⁷⁵ JEANNERET, Réforme, p. 366.

¹⁷⁶ *Loc. cit.*

une peine d'ensemble »¹⁷⁷, de sorte que la règle passe de potestative à impérative¹⁷⁸. Enfin, conformément à ce que souhaitait le Conseil fédéral dans son projet, l'art. 46 al. 1 3^{ème} phr. CP a été abrogé car devenu sans objet suite à la réintroduction des courtes peines privatives de liberté¹⁷⁹.

D. Les modifications induites par la réforme

Finalement, quelques retouches de forme ont dû être effectuées afin que les nouvelles règles sur le sursis soient compatibles notamment avec la rétrogradation du travail d'intérêt général, la réinstauration des courtes peines privatives de liberté et la désormais impossibilité d'octroyer le sursis partiel à une peine pécuniaire. Ainsi, les modifications suivantes ont dû être apportées : la référence au *travail d'intérêt général* a été supprimée à l'art. 42 al. 1 nCP et à l'art. 43 al. 1 nCP ; la référence à la *peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins* a été biffée à l'art. 42 al. 2 nCP ; le plancher de *six mois au moins* prévu pour la peine privative de liberté a été supprimé à l'art. 42 al. 1 nCP et la référence à la *peine pécuniaire* été biffée à l'art. 43 al. 1 nCP¹⁸⁰.

Par ailleurs, la précision contenue à l'art. 43 al. 3 *ab initio* CP a été supprimée dès lors qu'elle est devenue sans objet et l'art. 43 al. 3 *in fine* nCP retouché en ce sens qu'il prévoit désormais explicitement que les règles d'octroi de la libération conditionnelle ne sont pas applicables « à la partie à exécuter »¹⁸¹.

Enfin, une modification très surprenante est à signaler : l'art. 42 al. 2 nCP prévoit désormais que l'auteur – pour être « éligible » à la révocation du sursis – doit avoir été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis « de plus de six mois »¹⁸², alors que l'actuel art. 42 al. 2 CP prévoit une peine de « six mois au moins ». Nous ne sommes pas certains que le législateur ait mesuré la portée d'une telle modification. Les travaux préparatoires ne mentionnent en effet rien à ce sujet. Dès lors, toutes les condamnations à des peines privatives de liberté de six mois *exactement* dans les cinq ans précédant la nouvelle infraction ne seront désormais plus susceptibles d'engendrer la révocation du sursis.

¹⁷⁷ RO 2016 1249, p. 1251.

¹⁷⁸ JEANNERET, Réforme, p. 366; Tables CP-MAIRE KALUBI, p. 135.

¹⁷⁹ JEANNERET, Réforme, p. 366 s.

¹⁸⁰ RO 2016 1249, p. 1250 s.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 1251.

¹⁸² *Ibid.*, p. 1250.

VII. Conclusion

Depuis 1942 et son introduction dans le Code pénal suisse, l'institution du sursis a eu le temps de faire ses preuves. Elle constitue indéniablement une seconde chance pour le condamné qui est exempté de purger sa peine s'il se conduit bien durant le délai d'épreuve. Néanmoins, elle n'est pas sans conséquences pour ce dernier. Il se retrouve en effet à nouveau devant la justice au moindre faux pas, l'épée de Damoclès étant constamment prête à frapper. L'inscription de sa condamnation au casier judiciaire accroît par ailleurs d'autant plus l'effet de prévention spéciale recherché par le législateur.

Malheureusement, le sursis est encore aujourd'hui mal perçu du grand public, lequel le conçoit majoritairement comme un véritable acquittement. Cette situation dommageable relève à notre sens du besoin ressenti par la population – il est vrai accru par la « surmédiation » de certaines affaires – de juger l'acte plutôt que l'homme¹⁸³ ainsi que d'une méconnaissance du fonctionnement même du sursis et du poids qu'il peut représenter pour un condamné.

Malgré les réformes quelque peu précipitées de ces dernières années, l'institution du sursis n'a jamais été remise en cause de sorte que les changements engendrés par la réforme de 2015 peuvent être considérés à notre sens, dans leur ensemble, comme relativement mineurs. A cet effet, nous saluons l'instauration de la possibilité de fixer une peine d'ensemble uniquement pour les peines de même genre, laquelle permet ainsi de mettre un terme à toutes les critiques formulées jusque-là par la doctrine. Nous regrettons en revanche que la peine additionnelle n'ait pas été supprimée, même s'il faut admettre que la suppression de la possibilité d'infliger une peine pécuniaire comme peine additionnelle devrait à tout le moins rendre plus claire sa distinction d'avec le sursis partiel.

Ces quelques remarques effectuées, il ne nous reste plus qu'à espérer que la présente réforme ne soit pas une nouvelle fois remise en cause d'ici les prochaines années, auquel cas on aurait probablement l'impression d'assister à une véritable farce législative.

¹⁸³ Terme emprunté à ROSSIER, laquelle salue le « pouvoir accru du magistrat à juger l'homme et non pas seulement l'acte » (ROSSIER, p. 219).

* * *

« Je déclare que je suis bien l'auteur de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets ».

Samuel Dupraz

Bibliographie

Ouvrages et commentaires

DONATSCH Andreas (édit.)/FLACHSMANN Stefan/HUG Markus/WEDER Ulrich, StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG, 19^e éd., Zurich (Orell Füssli) 2013 (cité : OFK StGB-AUTEUR).

DONGOIS Nathalie/BICHOVSKY Aude/BLANK Sandra/MAIRE KALUBI Virginie/PAREIN Loïc/VUILLE Joëlle, Code pénal, Partie générale (art. 1-110) – Tables pour les études et la pratique, 4^e éd., Bâle (Helbing) 2016 (cité : Tables CP-AUTEUR).

DUPUIS Michel/GELLER Bernard/MONNIER Gilles/MOREILLON Laurent/PIGUET Christophe/BETTEX Christian/STOLL Daniel (édit.), Code pénal, Petit commentaire, Bâle (Helbing) 2012 (cité : Petit Commentaire CP).

HURTADO POZO José, Droit pénal – Partie générale, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2008.

KILLIAS Martin/KUHN André/DONGOIS Nathalie, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne (Stämpfli) 2016.

NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans, Basler Kommentar – Strafrecht I, Art. 1-110 StGB und Jugendstrafgesetz, 3^e éd., Bâle (Helbing) 2013 (cité : BSK StGB I-AUTEUR).

QUELOZ Nicolas, Droit pénal suisse, Partie générale – Guide pour les études, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2016.

RIBORDY Julien, Le travail d'intérêt général : une peine en sursis ?, Thèse, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2014.

ROTH Robert/MOREILLON Laurent (édit.), Commentaire romand – Code pénal I, Art. 1-110, Bâle (Helbing) 2009 (cité : CR CP I-AUTEUR).

SEELMANN Kurt/GETH Christopher, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 6^e éd., Bâle (Helbing) 2016.

SCHWARZENEGGER Christian/HUG Markus/JOSITSCH Daniel, Strafrecht II – Strafen und Massnahmen, 8^e éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2007.

STRATENWERTH Günter, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2006.

STRATENWERTH Günter/WOHLERS Wolfgang, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2013.

TRECHSEL Stefan/PIETH Mark (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, 2^e éd., Zurich, Saint-Gall (Dike) 2013.

VIREDAZ Baptiste/THALMANN Vanessa, Introduction au droit des sanctions, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2013.

Articles et contributions

ABO YOUSSEF Omar, Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts – unter besonderer Berücksichtigung der Verbindungsstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, *in* *Revue pénale suisse (ZStrR/RPS)* 128/2010, p. 38-57.

BICHOVSKY Aude, Aperçu critique de la réforme du droit des sanctions, *in* *Plaidoyer* 1/2014, p. 35-40.

CONTAT Laurent, Le sursis selon le CP 1937, *in* *Droit des sanctions – De l’ancien au nouveau droit* [KUHN André/MOREILLON Laurent/VIREDAZ Baptiste/WILLI-JAYET Aline, édit.], Berne (Stämpfli) 2004, p. 185-203.

GARRÉ Roy, Punire, ma con la condizionale. La sospensione condizionale della pena nella giurisprudenza del Tribunale federale nei primi anni dopo l’entrata in vigore del Codice penale svizzero, *in* *Gericht und Kodifikation – Einblicke in die Anfänge der Rechtsprechung zum ZGB und zum StGB* [LUMINATI Michele/LINDER Nikolaus, édit.], Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2007, p. 185-203.

GREINER Georges, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, *in* *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht* [BÄNZIGER Felix/HUBSCHMID Annemarie/SOLLBERGER Jürg, édit.], 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2006, p. 97-136.

IMFELD Max, Variatio delectat ? Die neue Verbundsstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, *in* *Revue pénale suisse (ZStrR/RPS)* 126/2008, p. 41-68.

JEANNERET Yvan, Droit des sanctions : le Tribunal souffle le chaud et le froid – Quelques thèmes choisis, *in* *Revue pénale suisse (ZStrR/RPS)* 126/2008, p. 273-291 (cité : JEANNERET, Chaud et froid).

JEANNERET Yvan, La réforme de la réforme du droit des sanctions : la peine à la peine ?, *in* *Revue pénale suisse (ZStrR/RPS)* 133/2015, p. 345-367 (cité : JEANNERET, Réforme).

JOSITSCH Daniel/VON ROTZ Madeleine, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs 2015, *in* *Pratique juridique actuelle (AJP/PJA)* 2016, p. 496-501.

KUHN André, Le sursis et la libération conditionnelle : de l’ancien au nouveau droit, *in* *Partie générale du code pénal* [PFISTER-LIECHTI Renate, édit.], Berne (Stämpfli) 2007, p. 87-124.

MAIRE Virginie, Les peines pécuniaires, *in* *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse* [KUHN André/MOREILLON Laurent/VIREDAZ Baptiste/BICHOVSKY Aude, édit.], Berne (Stämpfli) 2006, p. 161-181.

MOREILLON Laurent/BICHOVSKY Aude, Fixation de la peine – Peine pécuniaire, travail d’intérêt général, sursis et sursis partiel : 3 ans de jurisprudence, *in* *Revue pénale suisse (ZStrR/RPS)* 128/2010, p. 233-257.

ROSSIER Fabienne, Le sursis selon le CP 2002, *in* Droit des sanctions – De l’ancien au nouveau droit [KUHN André/MOREILLON Laurent/VIREDAZ Baptiste/WILLI-JAYET Aline, édit.], Berne (Stämpfli) 2004, p. 205-219.

SOLLBERGER Jürg, Die neuen Strafen des Strafgesetzbuches in der Übersicht, *in* Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht [BÄNZIGER Felix/HUBSCHMID Annemarie/SOLLBERGER Jürg, édit.], 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2006, p. 19-53.

THALMANN Vanessa, Nouveau droit des sanctions : premiers enseignements de la jurisprudence, *in* Pratique juridique actuelle (AJP/PJA) 2007, p. 1479-1490.

WIPRÄCHTIGER Hans, Revisionen des Strafgesetzbuches – (insbesondere des Sanktionenrechts) unnötig, unwirksam, unübersichtlich, *in* Revue de l’avocat (SAV/FSA) 2014, p. 477-484.

Sources officielles

Code pénal suisse, Modification du 13 décembre 2002, RO 2006 3459.

Code pénal suisse et code pénal militaire (Correctifs en matière de sanctions et casier judiciaire), Modification du 24 mars 2006, RO 2006 3539.

Code pénal suisse et code pénal militaire (Réforme du droit des sanctions), Modification du 19 juin 2015, RO 2016 1249.

Message du Conseil fédéral 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 II 1787.

Message et projet du Conseil fédéral du 29 juin 2005 relatifs à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF 2005 4425 et FF 2005 4463.

Message et projet du Conseil fédéral du 4 avril 2012 relatifs à la modification du code pénal et du code pénal militaire (Réforme du droit des sanctions), FF 2012 4385 et FF 2012 4419.

Synthèse des résultats de la consultation sur le rapport explicatif et l’avant-projet relatifs à la modification du code pénal et du code pénal militaire (réforme du droit des sanctions), Berne, 12 octobre 2011 (cité : Synthèse).