

**Par e-mail**

Aux Conseillers nationaux genevois

Genève, le 8 juillet 2020

**Projet de modification de l'article 42 du Code pénal (CP)**

Mesdames et Messieurs les Conseillers nationaux,

Au nom de l'Ordre des avocats de Genève, nous nous permettons d'attirer votre attention sur le projet de modification de l'article 42 CP, dont vous serez amenés à discuter très prochainement.

La modification proposée pourrait avoir comme conséquence que l'octroi du sursis pour les peines pécuniaires devienne une possibilité même lorsque les conditions de son octroi sont remplies. En l'état des choses, l'octroi du sursis est la règle lorsque les conditions sont remplies.

Nous sommes d'avis que **cette modification serait préjudiciable à plusieurs titres.**

Nous vous restituons ici les éléments que le Prof. Yvan Jeanneret nous a communiqués à ce sujet:

« Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 42 CP le 1<sup>er</sup> janvier 2007, les exigences quant au pronostic pour l'octroi du sursis sont moins élevées. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (ATF 134 IV 5). Il découle de ce qui précède que la juge doit prononcer le sursis lorsque les conditions légales sont données. Il faut relever que sous l'ancien droit, nonobstant l'utilisation du verbe pouvoir (le juge « *peut* » dans l'art. 41 aCP, soit exactement la modification en discussion), le juge n'en était pas moins tenu de prononcer le sursis lorsque les conditions légales étaient remplies. Dès une ancienne jurisprudence (ATF 88 IV 4), le TF retenu que le « *peut* » signifie que le juge dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'évaluation du pronostic, mais que si celui-ci était favorable, alors le sursis devait être octroyé.

Finalement, la réforme du 1<sup>er</sup> janvier 2007 n'a pas changé la question du caractère potestatif ou impératif de l'octroi du sursis ; le sursis doit, dans les deux cas, être octroyé si les conditions légales sont remplies. La réforme a uniquement opéré un renversement de la présomption de départ relative au pronostic ; sous l'ancien droit, le juge devait établir positivement que le pronostic était favorable, alors que le nouveau droit part d'une présomption de pronostic favorable qui ne peut être renversée que si le juge parvient à la conviction – au-delà du doute – que le pronostic est défavorable et, partant, que le sursis sera refusé.

Il faut ajouter à cela que c'est la seule interprétation conforme au principe constitutionnel de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). En effet, dans un arrêt récent consacré à l'art. 66a al. 2 CP - soit la clause d'exception à l'expulsion obligatoire rédigée ainsi : « *le juge peut exceptionnellement renoncer [...]* » - le Tribunal fédéral a exposé que « *le fait que la clause de rigueur soit une norme potestative ne signifie pas que le juge pénal peut librement décider d'appliquer ou non l'exception de l'art. 66a al. 2 CP (...). Le juge doit faire usage du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par une norme potestative dans le respect des principes constitutionnels. S'il devait refuser de renoncer à l'expulsion alors que les conditions de la clause de rigueur sont satisfaites, le principe de proportionnalité ancré à l'art. 5 al. 2 Cst. serait violé* » (ATF 144 IV 332 consid. 3.3). Cette affirmation doit être rapportée *mutatis mutandis* à la question du sursis. En effet, le sursis constitue une exception au principe qui veut qu'une peine prononcée dans un certain genre (peine pécuniaire ou peine privative de liberté) doit être exécutée en tant que telle. Le sursis est l'expression du principe de la proportionnalité qui impose de ne pas enfermer/faire payer si l'exécution sous la forme du sursis suffit à parvenir au but de la sanction consistant à éviter la récidive/commission d'une infraction. Ainsi, l'interprétation conforme à la Constitution impose le recours au sursis, lorsque les conditions en sont données, de sorte que même en introduisant le verbe « *pouvoir* », le droit supérieur imposerait toujours de retenir le caractère impératif de l'art. 42 CP.

Indépendamment de ce qui précède, si le caractère strictement potestatif du sursis devait être retenu, le juge serait alors libre de l'octroyer ou non, en laissant la porte grande ouverte à des appréciations subjectives, voire à l'arbitraire. Dans cette hypothèse, les conditions d'octroi du sursis devraient être reconstituées, par le Tribunal fédéral par voie jurisprudentielle, et on reviendrait à la situation actuelle.


Il n'est par ailleurs pas défendable d'un point de vue criminologique de refuser le sursis à une personne qui ne présente pas de risque de récidive.

A noter enfin que l'évolution de la criminalité depuis 2007 ne démontre absolument pas que la nouvelle réglementation du sursis, en vigueur depuis 2007, serait à l'origine d'une augmentation du nombre d'infractions commises en Suisse. Les dernières statistiques démontrent, au contraire, que, de manière globale, la criminalité régresse. »

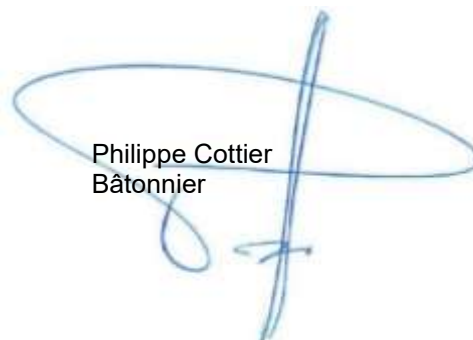


Nous espérons que ces éléments vous seront utiles et restons évidemment à disposition pour tout complément d'information souhaité.

Vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Mesdames et Messieurs les Conseillers nationaux, à l'assurance de notre considération distinguée.



Miguel Oural  
Vice-Bâtonnier



Philippe Cottier  
Bâtonnier