REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

PM/698/2021 **ACPR/586/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 7 septembre 2021

Entre

A_____, actuellement détenu à l'Établissement de B_____, comparant par M^e^ C_____, avocate_____, _____ Genève,

recourant,

contre le jugement rendu le 12 juillet 2021 par le Tribunal d'application des peines et des mesures,

et

LE TRIBUNAL D'APPLICATION DES PEINES ET DES MESURES, rue des Chaudronniers 9, case postale 3715, 1211 Genève 3,

LE SERVICE DE L'APPLICATION DES PEINES ET MESURES, route des Acacias 82, 1227 Carouge,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés.

Vu :

- le jugement du 12 juillet 2021, notifié le 14 suivant, par lequel le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) a refusé la libération conditionnelle de A_____;

- le recours expédié par messagerie sécurisée au greffe de la Chambre de céans le 26 juillet 2021;

- les observations du TAPEM du 4 août 2021, maintenant les termes de son jugement sans autre remarque;

- la détermination du Ministère public du 6 août 2021, qui s'en rapporte à justice;

- les observations du Service de l'application des peines et mesures (ci-après : SAPEM) du 10 août 2021.

Attendu que :

- dans son recours, A_____ conclut, sous suite de frais, à l'annulation du jugement précité et à sa libération conditionnelle immédiate, subsidiairement à ce qu'elle soit assortie à son renvoi de Suisse, ainsi qu'à la désignation de son conseil comme défenseur d'office. Il avait le projet de retourner dans son pays d'origine, le Kosovo, et d'y ouvrir une boulangerie avec son cousin, grâce à l'appui financier du programme D_____ ″_____″ de E_____. Le 8 juillet 2021, ce projet avait pu être concrétisé et un contrat (déclaration d'engagement) passé entre lui, E_____ et le Service social international suisse. Seul le SAPEM, qui ne disposait pas d'informations actualisées, s'était opposé à son élargissement, le Ministère public et l'établissement pénitentiaire y étant tous deux favorables;

- dans ses observations, le SAPEM admet avoir appris, par le biais du recours, que le recourant avait formulé une demande de soutien auprès de E_____ dans le cadre du projet D_____. Il produit un courriel du 3 août 2021 du Service de probation et d'insertion (ci-après : SPI) confirmant que le recourant avait pour projet d'ouvrir un restaurant au Kosovo et d'effectuer un service de livraison de ses produits. La E_____ s'était engagée à ses côtés et lui fournirait une aide logistique ainsi que matérielle. Le SPI indiquait par ailleurs que la situation personnelle du recourant avait évolué et qu'il se sentait désormais plus tranquille, sa mère souffrant d'un cancer étant désormais en rémission et son frère, schizophrène, étant actuellement stabilisé. Le projet professionnel du recourant était réaliste et celui-ci avait entrepris des démarches concrètes pour sa réinsertion professionnelle, aboutissant à une collaboration avec E_____, ce

qui favoriserait sa réintégration dans son pays d'origine et contribuerait à limiter le risque de commission de nouvelles infractions. Comme déjà relevé dans son précédent préavis, le comportement du recourant en détention était satisfaisant. Ainsi, le pronostic pénal ne pouvait désormais plus être présenté comme clairement défavorable. Il préavisait ainsi l'octroi de la libération conditionnelle avec un délai d'épreuve d'un an à compter du jour de la libération de l'intéressé;

- à teneur du dossier, le recourant fait l'objet d'une expulsion pénale de Suisse entrée en force. Une fois la date de sa libération connue, les services de police solliciteront, via le Secrétariat d'État aux migrations (SEM), le consulat du Kosovo afin que l'intéressé puisse bénéficier d'un laissez-passer pour son voyage de retour (cf. courriel du 6 juillet 2020 de l'Office cantonal de la population, ci-après : OCPM);

- les deux-tiers de la peine que le recourant exécute actuellement sont intervenus le 13 juillet 2021, la fin de peine étant, elle, fixée au 14 mars 2022.

Considérant que :

- le recours au sens de l'art. 393 CPP est la voie de droit ouverte contre les prononcés rendus en matière de libération conditionnelle par le TAPEM (art. 42 al. 1 let. b LaCP cum ATF 141 IV 187 consid. 1.1), dont le jugement constitue une "autre décision ultérieure" indépendante au sens de l'art. 363 al. 3 CPP (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1136/2015 du 18 juillet 2016 consid. 4.3 et 6B_158/2013 du 25 avril 2013 consid. 2.1; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019, n. 30 ad art. 363);

- la procédure devant la Chambre de céans est régie par le CPP, applicable au titre de droit cantonal supplétif (art. 42 al. 2 LaCP);

- le recours est recevable, pour avoir été déposé selon la forme (art. 90 al. 2, 384 let. b, 385 al. 1, 390 al. 1 et 396 al. 1 CPP) et dans le délai (art. 396 al. 1 CPP) prescrits, par le condamné, qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 382 al. 1 CPP);

- aux termes de l'art. 86 al. 1 CP, l'autorité compétente libère conditionnellement le détenu qui a subi les deux tiers de sa peine, mais au moins trois mois de détention, si son comportement durant l'exécution de la peine ne s'y oppose pas et s'il n'y a pas lieu de craindre qu'il ne commette de nouveaux crimes ou de nouveaux délits. La libération conditionnelle constitue la dernière étape de l'exécution de la sanction pénale. Elle est la règle et son refus l'exception, dans la mesure où il n'est plus exigé qu'il soit à prévoir que le condamné se conduira

bien en liberté (cf. art. 38 ch. 1 al. 1 aCP), mais seulement qu'il ne soit pas à craindre qu'il commette de nouveaux crimes ou délits. Autrement dit, il n'est plus nécessaire pour l'octroi de la libération conditionnelle qu'un pronostic favorable puisse être posé. Il suffit que le pronostic ne soit pas défavorable (ATF 133 IV 201 consid. 2.2 p. 203). Le pronostic à émettre doit être posé sur la base d'une appréciation globale, prenant en considération les antécédents de l'intéressé, sa personnalité, son comportement en général et dans le cadre des délits qui sont à l'origine de sa condamnation, le degré de son éventuel amendement, ainsi que les conditions dans lesquelles il est à prévoir qu'il vivra (ATF 133 IV 201 consid. 2.3 p. 203 s. et les références citées). Par sa nature même, le pronostic ne saurait être tout à fait sûr; force est de se contenter d'une certaine probabilité; un risque de récidive est inhérent à toute libération, conditionnelle ou définitive (ATF 119 IV 5 consid. 1b p. 7);

- pour déterminer si l'on peut courir le risque de récidive, il faut non seulement prendre en considération le degré de probabilité qu'une nouvelle infraction soit commise, mais également l'importance du bien qui serait alors menacé. Ainsi, le risque de récidive que l'on peut admettre est moindre si l'auteur s'en est pris à la vie ou à l'intégrité corporelle de ses victimes que s'il a commis, par exemple, des infractions contre le patrimoine (ATF 133 IV 201 consid. 2.3 p. 203 et les références citées). Il y a également lieu de rechercher si la libération conditionnelle, éventuellement assortie de règles de conduite et d'un patronage, ne favoriserait pas mieux la resocialisation de l'auteur que l'exécution complète de la peine (ATF 124 IV 193 consid. 4d/aa/bb p. 198 ss);

- il est admissible de lier l'octroi d'une libération conditionnelle au fait que le condamné quitte effectivement la Suisse si le pronostic est défavorable en cas de séjour en Suisse après sa libération anticipée, alors qu'il serait plus favorable en cas de retour dans son pays d'origine (arrêts du Tribunal fédéral 6A.78/2000 du 3 novembre 2000 consid. 2 et 6A.34/2006 du 30 mai 2006 consid. 2.1; A. BAECHTOLD, Exécution des peines : l'exécution des peines et mesures concernant les adultes en Suisse, Berne 2008, p. 269 ; AARP/309/2013 du 11 juin 2013 consid. 2.2.3 et AARP/14/2014 du 8 janvier 2014 consid. 2.2.3);

- en l'espèce, il est admis que la condition temporelle pour l'octroi de la libération conditionnelle est réalisée depuis le 13 juillet 2021;

- devant le TAPEM, tant l'établissement pénitentiaire que le Ministère public ne se sont pas opposés à l'élargissement du condamné. Seul le SAPEM avait émis un préavis défavorable, arguant que le projet du condamné était peu élaboré et que le risque qu'il commette de nouvelles infractions demeurait élevé;

- le SAPEM est désormais d'un autre avis. Le projet de réinsertion professionnelle du recourant dans son pays d'origine était réaliste et il bénéficiait à cet égard du soutien financier de E_____;

- partant, on ne saurait conclure que le pronostic se présenterait sous un jour défavorable, malgré l'échec de la précédente libération conditionnelle de l'intéressé, en 2017;

- le recourant paraît en effet avoir fourni des efforts pour éviter de se retrouver à sa sortie dans la même situation que celle ayant mené à ses dernières condamnations, à savoir en situation illégale en Suisse, sans travail, ni logement. Contrairement à la situation qui prévalait à l'époque, le projet professionnel du recourant semble abouti;

- dans la mesure où ledit projet ne pourra se concrétiser qu'au retour de l'intéressé dans son pays d'origine, l'octroi de la libération conditionnelle sera conditionné au fait que le recourant quitte effectivement la Suisse, ce à quoi il ne s'oppose pas;

- le jugement querellé sera ainsi annulé et la libération conditionnelle ordonnée à compter du renvoi effectif du condamné de Suisse. Elle sera assortie d'un délai d'épreuve d'un an à compter du jour de la libération;

- vu l'issue du recours, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la violation du droit d'être entendu soulevée par le recourant;

- l'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP);

- le recourant, qui a bénéficié d'une défense d'office devant le TAPEM, sollicite l'assistance judiciaire pour le recours également;

- conformément à l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire gratuite, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès; elle a droit en outre à l'assistance judiciaire gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert (arrêt du Tribunal fédéral 1B_74/2013 du 9 avril 2013 consid. 2.1 avec référence aux ATF 128 I 225 consid. 2.5.2; ATF 120 Ia 43 consid. 2a);

- d'après la jurisprudence, un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte

qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter; il ne l'est pas non plus lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes (ATF 138 III 217 consid. 2.2.4; ATF 133 III 614 consid. 5);

- en l'occurrence, le recourant, détenu dans le cadre de l'exécution de peines, est vraisemblablement indigent et son recours a été couronné de succès. Partant, l'assistance judiciaire lui sera ici accordée et son conseil désigné en qualité de défenseur d'office;

- la procédure étant close (art. 135 al. 2 CPP), des dépens seront alloués à ce dernier;

- à teneur de l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. Seules les heures nécessaires sont retenues. Elles sont appréciées en fonction notamment de la nature, de l'importance et des difficultés de la cause, de la valeur litigieuse, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu (art. 16 al. 2 RAJ);

- en l'occurrence, l'avocat d'office n'a pas chiffré son intervention pour la procédure de recours. Eu égard à l'activité déployée, soit un recours de 12 pages dont 5 pages de développements topiques en droit, son indemnité sera fixée *ex aequo et bono* à CHF 500.- TTC.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Ordonne la libération conditionnelle de A_____, avec effet au jour de son renvoi effectif de Suisse.

Dit que le solde de la peine non exécuté sera égal à la durée entre la date du renvoi effectif de A_____ et le 14 mars 2022.

Fixe à A_____ un délai d'épreuve d'un an, à compter de la date de son renvoi effectif, en l'avertissant que s'il devait, durant ce délai, commettre un nouveau crime ou un délit, sa réincarcération pour le solde de sa peine pourra être ordonnée, nonobstant une nouvelle peine ou mesure (art. 89 CP).

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Désigne Me C_____ comme défenseur d'office pour la procédure de recours et lui alloue à ce titre, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 500.- TTC.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant (soit pour lui son défenseur), au Tribunal d'application des peines et des mesures, au Service de l'application des peines et mesures et au Ministère public.

Le communique pour information à l'Office cantonal de la population et des migrations.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Messieurs Christian COQUOZ et Cédric-Laurent MICHEL, juges; Madame Olivia SOBRINO, greffière.

La greffière :	La présidente :
Olivia SOBRINO	Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).