

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/61/2018

ACPR/560/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 2 octobre 2018

Entre

A_____, sans domicile connu, comparant par M^e Gaétan DROZ, avocat, MBLD Associés,
rue Joseph-Girard 20, case postale 1611, 1227 Carouge,

recourant,

contre l'ordre d'exécution de peine et la décision rendus par le Service de l'application des
peines et mesures le 10 septembre 2018,

et

SERVICE D'APPLICATION DES PEINES ET MESURES, route des Acacias 82, case
postale 1629, 1211 Genève 26,

intimé.

EN FAIT :

A. Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 24 septembre 2018, A_____ recourt contre :

- l'ordre d'exécution de peine du 10 septembre 2018 par lequel le Service de l'application des peines et mesures (ci-après : SAPEM) a requis sa détention à la prison B_____ pour un solde de peine privative de liberté exécutoire de 1 an, 5 mois et 13 jours;

- la décision du SAPEM du 10 septembre 2018 l'informant avoir ordonné son arrestation, pour le solde de peine précité, au vu de son non-retour de congé, le 5 août 2018, et refusant de lui restituer ses documents d'identité ainsi que le solde de ses comptes.

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision et de l'ordre d'exécution précités ainsi qu'à la restitution de ses effets personnels se trouvant à [l'établissement pénitentiaire] C_____. Il conclut également à ce qu'il soit dit que *"les conditions suspensives prévues dans le jugement du 11 juillet 2018 sont réalisées et que [sa] libération conditionnelle est devenue définitive"*.

Préalablement, il sollicite l'assistance juridique et la désignation de son conseil comme défenseur d'office ainsi que la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur la requête en interprétation, subsidiairement en révision, déposée par devant le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM).

Sur effet suspensif, il conclut à la suspension du caractère exécutoire de l'ordre d'exécution du 10 septembre 2018 jusqu'à droit jugé sur son recours.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____, ressortissant ghanéen, a été condamné par jugement du Tribunal correctionnel de Genève du 16 septembre 2016, à une peine privative de liberté de quatre ans et six mois, sous déduction de 426 jours de détention avant jugement, pour infraction grave à la Loi fédérale sur les stupéfiants et séjour illégal.

b. Il a été incarcéré le 21 juillet 2015 à la prison de B_____, puis transféré dès le 20 février 2017 à [l'établissement pénitentiaire] D_____ et dès le 4 janvier 2018, au sein de la section ouverte de à [l'établissement pénitentiaire] E_____. Le 30 avril 2018, il a intégré C_____, exécutant sa peine sous la forme du régime de travail externe.

c. Le 16 mai 2018, il a déposé une demande de libération conditionnelle, étant précisé que les deux tiers de la peine qu'il exécutait actuellement interviendraient le 18 juillet 2018, tandis que la fin de la peine était fixée au 18 janvier 2020.

À sa libération, il souhaitait se rendre soit en Espagne, soit au Ghana.

d. Il ressort du dossier du SAPEM et du préavis favorable de C_____ du 28 mai 2018 que A_____, célibataire mais père d'un fils de 4 ans qu'il avait eu avec une femme mariée, était conscient qu'il serait expulsé du territoire suisse, sa demande d'asile déposée en 2009 ayant été refusée.

A_____ souhaitait toutefois que sa libération conditionnelle soit repoussée de six mois afin de pouvoir rester au C_____, ce qui lui permettrait de thésauriser un peu plus d'argent pour rentrer au pays, finaliser la procédure de reconnaissance de son fils et soutenir la mère de celui-ci, qui avait subi un grave accident vasculaire cérébral. Il avait en outre indiqué au SAPEM qu'il apprécierait, si cela était possible, d'être renvoyé en Espagne.

S'agissant de l'état de ses comptes, l'intéressé disposait de CHF 2'468.- sur son compte bloqué, de CHF 1'218.- sur son compte réservé et de CHF 132.- sur son compte libre.

e. Par jugement du 11 juillet 2018 (JTPM/478/2018), entré en force le 27 juillet 2018, le TAPEM a ordonné la libération conditionnelle de A_____ avec effet au jour de son renvoi de Suisse, mais au plus tôt le 18 juillet 2018.

Il en ressortait notamment que selon les informations reçues de l'Office cantonal de la population et des migrations, A_____ avait fait l'objet d'une décision de renvoi en date du 12 juin 2009, décision entrée en force le 24 juin 2009. En outre, lors de son entrée en détention, il avait déposé un passeport ghanéen valable jusqu'au 15 décembre 2020 et un permis de résident espagnol échu le 16 mars 2016.

Le jugement précisait encore que la date de libération conditionnelle n'était pas offerte au choix du bénéficiaire et que le TAPEM n'était pas légitimé à intervenir au sujet des modalités d'un renvoi.

f. Le 5 août 2018, A_____ n'est pas revenu de son congé et a quitté le territoire suisse pour l'Espagne, où il dit se trouver actuellement.

g. Par courrier du 7 août 2018 de son avocat, il en a informé le SAPEM. Il estimait dès lors avoir exécuté la décision de renvoi du 24 juin 2009, bien qu'il contestât être concerné par celle-ci (selon lui, en effet, il n'avait jamais déposé de demande d'asile en Suisse en 2009, de sorte que la décision de renvoi résultait d'une erreur; en outre,

il s'était vu délivrer un permis de séjour espagnol postérieurement à la procédure d'asile en question et valable jusqu'en 2016, de sorte que la décision de renvoi, si elle était fondée, avait déjà été exécutée à l'époque; cf. pces 10 et 11, chargé rec.)

Les effets du jugement du TAPEM se déployaient ainsi pleinement.

Il avait en outre besoin de ses documents d'identité, qui se trouvaient à C_____, pour régulariser son séjour en Espagne. Enfin, il souhaitait que ledit établissement soit autorisé à lui restituer ses effets personnels et que l'intégralité des sommes disponibles sur son compte lui soient versées.

- C. Par courrier du 10 septembre 2018, notifié à une date inconnue, le SAPEM a informé le conseil de A_____ qu'au vu du non-retour de congé de son mandant, le 5 août 2018, ce dernier demeurait en arrestation pour un solde de peine de 1 an, 5 mois et 13 jours. Y était joint l'ordre d'exécution "*Ripol*" du même jour adressé à la prison B_____.

La demande de A_____ de se voir restituer ses documents d'identité (soit un passeport ghanéen et un permis de résident espagnol échu le 16 mars 2016) et le solde de ses comptes était par conséquent refusée.

- D. Le 11 septembre 2018, A_____, par l'intermédiaire de son conseil, a formé une "*requête en interprétation, subsidiairement demande de révision, plus subsidiairement encore demande de libération conditionnelle*", auprès du TAPEM.

Il exposait notamment avoir été informé par le Secrétariat d'État aux Migrations, le 4 septembre 2018, avoir fait l'objet, le 12 juin 2009, d'une décision de renvoi en direction de l'Autriche, et de l'Autriche uniquement, dans le cadre des accords de Dublin. Dès lors qu'il avait résidé en Espagne postérieurement à 2009 et que ce pays lui avait délivré un permis de séjour, non seulement l'Espagne s'était "*substituée*" à l'Autriche, mais encore il avait épuisé la décision de renvoi, qui n'avait donc plus à être exécutée en 2018. Partant, la condition suspensive au renvoi posée par le tribunal était erronée. En quittant la Suisse le 5 août 2018, il s'était finalement conformé au dispositif du jugement du 11 juillet 2018 et estimait être libéré conditionnellement.

Le SAPEM, quant à lui, considérait au contraire qu'il n'avait pas été renvoyé de Suisse, en dépit de son départ pour l'Espagne, et n'était donc pas libéré conditionnellement.

- E. a. À l'appui de son recours, A_____ estime ne pas faire l'objet d'une décision de renvoi exécutoire, de sorte qu'en quittant volontairement la Suisse après le 18 juillet 2018, il s'était conformé au jugement de cette autorité. L'ordre

d'incarcération du 10 septembre 2018 portant atteinte, sans fondement, à sa liberté, soit à un droit fondamental, il était attaquant et son recours, recevable.

Sur le fond, il réitère avoir épuisé la décision de renvoi du 12 juin 2009 en se rendant en Espagne, où il avait obtenu un permis de séjour. Au moment où le TAPEM avait statué, il ne faisait donc l'objet d'aucune décision de renvoi exécutoire, ce que cette autorité avait admis à tort. La présente procédure de recours devait ainsi être suspendue jusqu'à droit jugé dans le cadre de sa demande d'interprétation/révision contre le jugement du 11 juillet 2018. Même si l'on considérait qu'il faisait l'objet d'une décision de renvoi exécutoire, il avait quitté la Suisse pour l'Espagne le 5 août 2018 et ainsi exécuté volontairement ce renvoi. L'ordre d'exécution n'avait donc pas lieu d'être. Il en résultait dès lors que rien ne s'opposait à ce qu'il récupère ses effets personnels, notamment ses documents d'identité et le solde de son compte.

b. À réception, la cause a été gardée à juger sans échange d'écritures ni débats.

EN DROIT :

1. Se pose tout d'abord la question de savoir si les actes attaqués sont des décisions sujettes à recours.

1.1. Selon la doctrine et la jurisprudence de la Chambre de ceans, l'ordre d'exécution d'une sanction – soit l'injonction adressée au condamné tendant à la mise en œuvre du prononcé pénal entré en force sans entraîner de modification de sa situation juridique, telle la convocation auprès d'un établissement pour y subir une sanction privative de liberté – ne lésant pas les droits du condamné au-delà de ce qui a été arrêté dans le prononcé pénal, est un acte matériel ("Realakt") dont l'objet n'est pas de produire un effet juridique, mais bien la modification d'un état de fait. Un tel ordre d'exécution n'est ainsi pas sujet à recours, faute pour son destinataire de pouvoir faire valoir un intérêt juridique, c'est-à-dire un intérêt actuel et direct à l'annulation ou à la modification de l'injonction. Une exception à l'irrecevabilité d'un recours contre un ordre d'exécution d'une sanction doit cependant être admise lorsque cet ordre met en cause des droits constitutionnels inaliénables ou imprescriptibles ou lorsque la décision à exécuter est frappée de nullité absolue. Peuvent ainsi être critiqués l'application manifestement inexacte des dispositions sur la prescription de la peine, l'arbitraire dans la fixation de la date d'incarcération et la violation de l'art. 3 CEDH ou l'atteinte portée à un droit ou à une liberté reconnus par la CEDH (KUHN / JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, n° 9-14 ad art. 439; cf. aussi ACPR/459/2018 du 22 août 2018; ACPR/801/2016 du 20 décembre 2016; ACPR/396/2016 du 29 juin 2016; ACPR/443/2014 du 30 septembre 2014; ACPR/552/2013 du 17 décembre 2013 et ACPR/472/2013 du 10 octobre 2013).

1.2.1. En l'occurrence, en tant que le recours est dirigé contre l'ordre d'exécution d'un solde de peine privative de liberté fondé sur un jugement de condamnation exécutoire, soit un acte matériel au sens de ce qui précède, il est irrecevable.

Il ne suffit pas d'alléguer que ledit acte porte atteinte au droit à la liberté dont jouit le condamné puisque toute injonction d'exécuter une peine privative de liberté a précisément pour effet de priver le condamné de sa liberté. Or, cette atteinte à la liberté découle spécifiquement de l'art. 1 CP, qui consacre le principe de la légalité des délits et des peines selon l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lequel est conforme à la constitution et à la CEDH.

La légalité du jugement condamnatore à l'origine du solde de peine privative de liberté à exécuter étant admise, c'est donc à tort que le recourant se prévaut de son droit à la liberté garanti par la CEDH, ce d'autant qu'il n'est actuellement pas privé de sa liberté puisqu'il séjourne en Espagne.

1.2.2. C'est tout aussi à tort qu'il prétend que l'ordre d'exécution litigieux contreviendrait au jugement du TAPEM du 11 juillet 2018.

À teneur de celui-ci, il a été mis au bénéfice d'une libération conditionnelle avec effet au jour de son renvoi de Suisse, mais au plus tôt le 18 juillet 2018. Il en résulte que la libération conditionnelle ne devenait effective qu'au moment dudit renvoi. Or, il n'apparaît pas que la décision de renvoi prise à l'encontre du recourant le 12 juin 2009 et entrée en force le 24 suivant – qui prévoyait un renvoi vers l'Autriche exclusivement –, a été à ce jour exécutée par les autorités compétentes. Elle ne l'était ainsi pas le 5 août 2018, date à laquelle le recourant n'a pas réintégré C_____ à l'issue d'un congé et a quitté la Suisse pour l'Espagne.

Le recourant conteste certes l'existence d'une décision de renvoi exécutoire, au motif que son séjour en Espagne en 2009 aurait "épuisé" ladite décision, qui n'aurait donc plus à être exécutée. Force est toutefois de constater qu'il n'a pas recouru contre le jugement du TAPEM – soit non pas contre la libération conditionnelle puisqu'elle lui était favorable – mais contre la condition du renvoi.

Partant, ce jugement est définitif et c'est à bon droit que le SAPEM a ordonné l'arrestation du recourant pour le solde de la peine à exécuter, une telle décision ne contrevenant nullement à son droit inaliénable de rester en liberté.

Sous cet angle également, le recours est irrecevable.

1.3. En tant que le recours est dirigé contre la décision du SAPEM du 10 septembre 2018 refusant de lui restituer ses affaires personnelles, notamment ses papiers d'identité, ainsi que le solde de ses comptes, il est recevable sur cet aspect

uniquement (art. 439 al. 1 CPP et 42 al. 1 let. a de la loi d'application du code pénale suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale). Il a en outre été déposé selon la forme et dans le délai prescrits – faute d'indication au dossier sur la date à laquelle il s'est vu notifier cette décision (385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) – et émane du condamné qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP), dispose de la qualité pour agir et d'un intérêt juridiquement protégé (art. 382 al. 1 CPP) à la modification ou à l'annulation de la décision entreprise.

2. Le recourant conclut à la restitution de ses effets personnels détenus auprès de C_____, qui comprennent ses documents d'identité et le solde de ses comptes.

2.1. À teneur de l'art. 439 al. 2 et 3 CPP, l'autorité d'exécution, soit le SAPEM, peut, pour mener à bien l'ordre d'exécution de la peine, arrêter le condamné ou lancer un avis de recherche à son encontre.

2.2. Dans la mesure où le SAPEM a ordonné l'exécution du solde de peine privative de liberté auquel le recourant a été condamné et partant, son arrestation aux fins de détention, il n'y a évidemment pas lieu de restituer à l'intéressé ses affaires personnelles, comprenant ses documents d'identité et son solde en comptes, étant relevé que pendant l'exécution de la peine, le détenu ne peut pas disposer librement de l'intégralité de son pécule, celui-ci devant principalement être affecté à un fonds de réserve (cf. art. 83 al. 2 CP).

Faire droit à la demande du recourant reviendrait en définitive à favoriser sa fuite à l'étranger et son non-retour en Suisse pour y exécuter le solde de sa peine.

3. Vu l'issue du recours, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer jusqu'à droit jugé sur la demande de rectification/révision interjetée par le recourant auprès du TAPEM.

La Chambre de céans pouvait en outre décider d'emblée de traiter le recours sans échange d'écritures ni débats (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP).

4. Le présent arrêt rend la demande d'effet suspensif sans objet.
5. Le recourant sollicite l'assistance judiciaire et la désignation de son conseil comme défenseur d'office.

5.1. Selon l'art. 132 al. 1 let. b, al. 2 et al. 3 CPP – applicable à titre de droit supplétif en matière d'assistance judiciaire dans les procédures d'exécution des jugements (ACPR/443/2014 du 30 septembre 2014 consid. 5.2) –, le prévenu, indigent, est pourvu d'un défenseur d'office lorsque l'intervention de ce dernier est justifiée pour sauvegarder ses intérêts, soit lorsque l'affaire n'est pas de peu de gravité et qu'elle présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne

pourrait pas surmonter. L'assistance judiciaire ne peut être accordée qu'à la condition que la démarche à entreprendre ne soit pas vouée à l'échec, comme le prévoit l'art. 29 al. 3 Cst. 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 (ATF 138 III 217 consid. 2.2.4 p. 218; 129 I 129 consid. 2.2 p. 133 ss).

5.2. En l'espèce, la cause était vouée à l'échec.

Par ailleurs, le recourant, profitant d'un congé, a délibérément quitté la Suisse non seulement en faisant fi de la condition du renvoi posée à sa libération conditionnelle, mais encore pour un pays qui n'était pas le pays d'admission prévu par la décision de renvoi. Or, un tel comportement ne saurait faire naître le droit à une quelconque protection et notamment pas l'octroi de l'assistance judiciaire.

Partant, sa requête sera rejetée.

- 6.** Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront réduits et comprendront un émolument de CHF 700.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03), la procédure de demande d'assistance juridique étant gratuite (art. 20 RAJ).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours dans la mesure de sa recevabilité.

Rejette la demande d'assistance judiciaire et de désignation d'un avocat d'office.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, qui seront réduits et comprennent un émolument de CHF 700.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, et au SAPEM.

Le communique pour information au TAPEM.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :

Xavier VALDES

La présidente :

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).

PS/61/2018

ÉTAT DE FRAIS

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10.03).

Débours (art. 2)

- frais postaux	CHF	20.00
-----------------	-----	-------

Émoluments généraux (art. 4)

- délivrance de copies (let. a)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- délivrance de copies (let. b)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- état de frais (let. h)	CHF	75.00
--------------------------	-----	-------

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

- décision sur recours (let. c)	CHF	700.00
---------------------------------	-----	--------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	795.00
--------------	------------	---------------