

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2815/2009-DIV

ATA/61/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 3 février 2010

dans la cause

Monsieur X_____

représenté par Me Raphaël Zimmermann, avocat

contre

PROCUREUR GÉNÉRAL

EN FAIT

1. Monsieur X_____, né en 1969, ressortissant russe, a été condamné le 20 juillet 2005 par le Tribunal pénal de la Sarine à la peine de dix ans de réclusion pour meurtre.

Depuis le 25 avril 2007, il est détenu au centre de psychothérapie La Pâquerette (ci-après : le centre) à Genève.

2. Le 9 mars 2009, le service de l'application des sanctions pénales et des prisons (ci-après : le service) du canton de Fribourg a rendu une décision ayant pour objet la mise en œuvre de la première étape du programme des sorties accompagnées de M. X_____.

La commission consultative de libération conditionnelle et d'examen de la dangerosité du canton de Fribourg (ci-après : la commission) avait émis, le 6 février 2009, un préavis favorable au sujet du programme d'ouverture graduelle du régime de détention de M. X_____, préavis validé le 17 février 2009 par le service.

Par courrier du 27 février 2009, le centre avait indiqué que la première étape du programme de sorties accompagnées comprendrait deux sorties mensuelles, d'une durée de huit heures, entièrement accompagnées par un psychothérapeute du centre, et ceci durant trois mois. L'objectif de cette première étape était de permettre à M. X_____ de reprendre le contact avec le monde extérieur au travers d'activités courantes et de divers contacts sociaux.

D'après le préavis relatif au programme d'ouverture graduelle du régime de détention, M. X_____ faisait preuve d'une collaboration plus soutenue dans le dialogue et la mise en place de ses projets. Il poursuivait toujours sa formation en informatique tout en devant, en parallèle, approfondir ses notions de mathématiques et d'anglais. Malgré les incertitudes liées à sa situation s'il regagnait la Russie, il maintenait son désir de retourner dans son pays.

En conséquence, M. X_____ pourrait bénéficier de deux sorties mensuelles aux conditions précitées. M. X_____ était tenu de collaborer activement tant dans l'élaboration du contenu des sorties que pendant leur déroulement avec la personne qui l'accompagnait. Le centre devait adresser mensuellement un rapport d'observations au service. En cas de non-respect de ces règles, le centre devait immédiatement en informer le service qui se réservait le droit de mettre aussitôt un terme audit programme.

3. Le 13 mars 2009, le centre a transmis la décision précitée au Procureur général de la République et canton de Genève.

4. Par décision du 19 mai 2009, le Procureur général a modifié l'autorisation accordée dans les modalités d'accompagnement des premières sorties. Le Ministère public accordait, en l'état, la mise en place du programme progressif à la condition que M. X_____ soit accompagné par un sociothérapeute et un surveillant au cours des premières semaines de sortie.
5. Le 28 mai 2009, le centre a porté la décision susmentionnée à la connaissance de M. X_____, tout en précisant qu'il n'était pas en mesure de l'appliquer en raison de la diminution de l'effectif du personnel de surveillance affecté au centre, entrée en vigueur en janvier 2009 pour une durée indéterminée. Des démarches étaient actuellement entreprises afin de faire connaître au Procureur général l'impossibilité où le centre se trouvait d'entamer le programme de M. X_____.
6. A réception du courrier précité, M. X_____ a écrit le même jour au Procureur général.

Il estimait être en droit de pouvoir bénéficier des sorties qui lui avaient été accordées par le service. Aussi demandait-il au Procureur général de l'informer directement et le plus rapidement possible de sa décision ainsi que des voies de recours.

N'ayant pas reçu de suite à son courrier, M. X_____ a adressé un premier rappel au Procureur général en date du 29 juin 2009, suivi d'un second, le 1^{er} juillet 2009.

7. Le 20 juillet 2009, le Procureur général a notifié à M. X_____ une décision formelle portant sur la mise en place de la première étape d'un programme progressif dit de « sorties accompagnées ». Au regard des exigences en matière d'ordre public ressortant des art. 43 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05) et 8 al. 1 du règlement du centre de sociothérapie « La Pâquerette » du 27 juillet 1988 (RPâquerette - F 1 50.20), il était primordial que M. X_____ puisse, au cours des premières semaines de sortie, être accompagné par un surveillant et un sociothérapeute, modalité d'accompagnement expressément prévue par le protocole des autorisations de sorties du centre du 17 septembre 2007 (ci-après : le protocole), le premier étant, vu les circonstances d'espèce plus à même de répondre efficacement tant aux exigences en matière d'ordre public qu'aux buts inhérents au programme mis en place en faveur de M. X_____. Cette modalité de sortie pourrait par la suite être allégée, si les circonstances le requéraient, ce d'autant plus que M. X_____ approchait prochainement de la date-butoir à partir de laquelle il pourrait demander sa libération conditionnelle.

Dite décision, déclarée « immédiatement exécutoire nonobstant recours », indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

8. M. X_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte déposé au greffe le 6 août 2009.

La seule autorité compétente à pouvoir statuer sur l'autorisation de sortie et ses conditions était celle désignée par le canton de jugement à savoir le service. Bien qu'il n'en avait pas la compétence, le Procureur général, en suivant le protocole, avait fixé des conditions telles que la décision prise par l'autorité compétente en date du 9 mars 2009 se révélait inexécutable. Or, ni dans le concordat sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins (concordat latin sur la détention pénale des adultes du 10 avril 2006 - CLDPA - E 4 55), ni dans le règlement du 25 septembre 2008 de la conférence latine des chefs de département de justice et police (CLDJP) concernant l'octroi des autorisations de sortie aux personnes condamnées adultes et jeunes adultes, ni dans le RPâquerette, il n'était prévu que le Ministère public doit donner son approbation aux autorisations de sortie ou même fixer des conditions supplémentaires à leur octroi. Dès lors, l'application du protocole liant le centre et le Ministère public était illégal.

Le Procureur général fondait sa compétence sur l'art. 43 al. 1 let. c LOJ lui permettant de prendre toutes les mesures concernant la sécurité publique. La décision critiquée dépeignait le recourant comme un danger pour la collectivité ainsi que pour la sécurité publique. Or, dans son préavis favorable du 6 février 2009, la commission avait reconnu que M. X_____ ne constituait pas un danger pour la sécurité et l'ordre public. Dès lors, la décision du Procureur général était disproportionnée.

Il conclut préalablement, à ce que le Tribunal administratif constate l'incompétence du Procureur général à rendre une décision sur les autorisations de sortie dans la présente cause et principalement, à l'annulation de la décision du 20 juillet 2009 du Ministère public, à dire que les conduites se feront accompagnées que d'un seul ou une seule sociothérapeute sans la présence d'un surveillant, à faire exécuter sans plus attendre la décision du 9 mars 2009, et à mettre à néant le protocole, avec suite de frais et dépens.

9. Dans sa réponse du 15 octobre 2009, le Procureur général a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

Le ch. 3 du protocole prévoyait un droit de regard, cas échéant un droit de veto, du chef du Ministère public en matière d'autorisation de sorties octroyées par le centre. Le principe des autorisations de sorties tel qu'envisagé dans le protocole faisait directement référence aux dispositions pertinentes du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) nouvellement entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007, soit les art. 75, 75a, 84 al. 6, 90 al. 2bis, al. 4 et al. 4bis, ainsi qu'à la recommandation n° 6 du 27 octobre 2006 de la CLDJP.

Aucun élément dans les diverses réglementations intercantionales n'interdisait formellement au Procureur général d'intervenir et de donner son feu vert, cas échéant d'empêcher ou de modeler différemment une autorisation de sortie prônée en faveur d'un adulte détenu au centre.

La teneur du préavis positif le 6 février 2009 de la commission ne permettait pas de déterminer en l'état l'absence de dangerosité telle qu'alléguée par le recourant.

Contrairement à ce que laissait entendre M. X_____, le Ministère public ne s'était à aucun moment formellement opposé à la mise en place, en faveur de celui-là, d'un programme progressif de sorties accompagnées, mais il avait simplement assorti le programme tel qu'envisagé directement par la direction du centre d'une condition supplémentaire, nullement exorbitante, prévue expressément dans le cadre du protocole du 17 septembre 2007.

C'était en tenant scrupuleusement compte des éléments du dossier du recourant, tels que la psychothérapie individuelle suivie par ce dernier durant son incarcération, des regrets clairement exprimés s'agissant du comportement qui l'avait conduit à être arrêté, incarcéré et jugé ou encore de la formation dans le domaine informatique entamée durant sa détention, que le Procureur général avait pris la décision du 20 juillet 2009 qui ne saurait être aujourd'hui qualifiée de fallacieuse, sous peine de ne pas respecter le principe de la bonne foi.

La décision entreprise obéissait pleinement aux prérogatives légales du Procureur général ainsi qu'à l'ensemble des moyens dont il pouvait se prévaloir dans les diverses tâches qui lui incombait. Si par impossible des aspects d'ordre logistique ou organisationnel insurmontables venaient à empêcher concrètement la mise en place du régime d'autorisation de sorties tel que prôné dans la décision du 20 juillet 2009, le Procureur général ne manquerait pas d'analyser à nouveau la situation et de rendre, cas échéant, une nouvelle décision, sans que cela ne préjuge à l'issue de la procédure ouverte actuellement par-devant le Tribunal administratif.

10. Le 29 octobre 2009, le juge délégué à l'instruction de la cause a sollicité du centre des explications complémentaires justifiant les raisons pour lesquelles la mesure du 20 juillet 2009 ne pouvait pas être appliquée par cet établissement.

11. Le centre s'est déterminé le 10 novembre 2009.

Les programmes de sorties accompagnées pratiqués par le centre se substituaient aux congés ou permissions appliqués dans d'autres établissements pénitentiaires concordataires. Entre 1987 et 2003, 5'861 sorties accompagnées avaient été réalisées, l'accompagnement des personnes détenues étant assuré principalement par des sociothérapeutes et parfois par des surveillants. Dans

quelques cas, la police avait escorté les concernés en raison de leur situation pénale et des objectifs particuliers de sorties. En avril 2003, une personne placée au centre avait pris la fuite lors d'une sortie accompagnée par une sociothérapeute. Suite à cette évasion, le Ministère public avait fait savoir que, jusqu'à nouvel ordre, aucune sortie accompagnée à partir du centre ne pouvait être effectuée sans escorte policière. La décision était fondée sur l'art. 43 al. 1 let. c LOJ. En conséquence, tous les programmes de sorties accompagnées admis par les autorités cantonales compétentes avaient été interrompus en raison de leur inadéquation avec une escorte policière. Entre 2003 et 2007, aucune sortie accompagnée à partir du centre n'était intervenue. Néanmoins, le Ministère public avait été informé des difficultés auxquelles le centre était confronté suite à sa décision. En 2007, le Procureur général avait accepté le principe d'une reprise des autorisations de sorties au centre ce qui avait débouché sur le protocole. Depuis l'entrée en vigueur de celui-ci, cent vingt-huit sorties accompagnées par un/e sociothérapeute avaient été réalisées ; deux sorties avaient été accompagnées par un surveillant également. Cependant, les difficultés relatives aux modalités d'accompagnement des personnes détenues autorisées à sortir étaient apparues en raison de la diminution de l'effectif du personnel de surveillance réduit de façon permanente pour une durée indéterminée dès le 1^{er} janvier 2009. En conséquence, l'organisation d'accompagnement par un surveillant lors d'une sortie d'une personne détenue était impossible.

Dans le cadre de l'examen du cas de M. X_____, une réunion avait eu lieu le 29 juillet 2009 entre le Procureur général et les responsables du centre. A cette occasion, le centre avait relevé que de son point de vue l'accompagnement d'une personne détenue en sortie par un sociothérapeute ou un surveillant ne présentait pas de différence sur le plan de la sécurité, car ni l'un ni l'autre n'était autorisé à user de la force sur la voie publique. Il avait été proposé que M. X_____ soit accompagné par deux sociothérapeutes durant les premières semaines de son accompagnement d'ouverture graduelle. Le Procureur général n'avait toutefois pas souhaité que des modifications soient apportées à sa décision concernant le programme de sorties accompagnées de M. X_____ et, plus généralement, au protocole qu'il avait accordé en septembre 2007.

12. Nanti de ces précisions, le recourant s'est déterminé le 10 octobre 2009.

Le pouvoir du Procureur général tiré de l'art. 43. al. 1 let. c LOJ ne lui permettait pas d'adopter des règlements ou des protocoles car il n'avait pas le pouvoir de légiférer, ou à tout le moins de légiférer par le biais d'une institution.

En rendant sa décision du 20 juillet 2009, le Procureur général devait savoir que l'effectif du personnel de surveillance avait été réduit de façon permanente dès le 1^{er} janvier 2009. En d'autres termes, il approuvait les sorties tout en sachant qu'elles ne se réaliseraient pas. C'était ingénieux mais injuste.

13. Le Procureur général n'a pas présenté d'observations.
14. A la demande du juge délégué, le centre a versé aux débats le 12 janvier 2010, copie de son courrier du 13 mars 2009 au Procureur général, ainsi que la lettre du 19 mars 2009 du Procureur général.
15. Le 19 janvier 2010, le Procureur général a transmis au Tribunal administratif copie du courrier que lui avait adressé le 28 mai 2009 le secrétaire général des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG). Il a par ailleurs confirmé la teneur de la réunion du 29 juillet 2009, tout en précisant qu'aucun procès-verbal n'avait été dressé. Suite à cette réunion, il n'avait pas souhaité revenir sur la teneur des diverses décisions d'ores et déjà rendues en l'espèce, ni même modifier le contenu de l'accord conclu le 17 septembre 2007.
16. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2000, le Tribunal administratif est l'autorité supérieure de recours en matière administrative (art. 56A al. 1 LOJ). Dès lors, interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A LOJ ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La première question à résoudre est celle de la compétence du Procureur général pour prendre la décision litigieuse du 20 juillet 2009.
3. Le principe des autorisations de sortie des personnes détenues est clairement énoncé par le CP. Les conditions d'octroi des sorties sont limitées à celles posées par les art. 75 et 75a CP. En particulier, selon cette disposition légale, la commission visée à l'art. 62d al. 2 CP apprécie, lorsqu'il est question d'octroyer des allègements dans l'exécution des peines, le caractère dangereux du détenu pour la collectivité. L'al. 3 de cette même disposition précise que le caractère dangereux du détenu pour la collectivité est admis s'il y a lieu de craindre que le détenu ne s'enfuit et ne commette une autre infraction par laquelle il porterait gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui.
4. Le 10 avril 2006, les cantons de Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève, Jura et Tessin ont conclu le CLDPA.

Le chapitre V du CLDPA a pour objet l'exécution des peines et mesures dans les établissements concordataires. L'art. 17 stipule que le canton de jugement exerce, à moins qu'il ne les ait expressément déléguées à un autre canton, toutes les compétences légales relatives à l'exécution de la peine ou de la mesure (al. 1)

il statue notamment sur les congés et les différentes autorisations de sortie (al. 2 let. c).

Les personnes détenues placées dans un établissement concordataire sont soumises aux prescriptions légales et réglementaires du canton où l'établissement a son siège, notamment en matière disciplinaire (art. 19). Le CLDPA a été complété par différentes dispositions prises par la conférence latine des autorités cantonales compétentes en matière d'exécution des peines et mesures, en particulier par une recommandation du 27 octobre 2006 et le CLDJP, tous deux concernant l'octroi d'autorisations de sortie aux personnes condamnées adultes et jeunes adultes. Le CLDJP fait suite au nouveau droit des sanctions entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007 et reprend en grande partie la recommandation du 27 octobre 2006. Il précise en son art. 1 ce qu'il faut entendre par autorisation de sortie. Selon la let. c de cette disposition, les autorisations de sortie s'entendent d'une conduite, qui est une sortie accompagnée, accordée en raison d'un motif particulier. Pour des raisons médicales, les directions des établissements sont autorisées à organiser des accompagnements.

Selon l'al. 2 de cette disposition, l'autorisation de sortie ne doit enlever à la condamnation ni ses caractères de prévention ni nuire à la sécurité ou mettre en danger la collectivité, en particulier pour les cas d'internement.

L'autorité compétente pour statuer sur la demande d'autorisation de sortie est celle qui est désignée par le canton de jugement (art. 3 al. 1). En fixant les conditions d'autorisations de sortie, les autorités compétentes tiennent compte en particulier des intérêts des victimes et des circonstances de l'infraction commise.

5. a. Le 27 juillet 1988, le Conseil d'Etat a édicté le RPâquerette.

L'art. 8 RPâquerette est consacré au régime de la détention. Le fonctionnement du centre, en particulier et notamment les conduites à l'extérieur, répondent aux exigences du but thérapeutique poursuivi et de la sécurité (al. 1). Les conduites à l'extérieur sont signalées par le directeur du centre à l'autorité de placement, au greffe de la prison, ainsi qu'à la police.

- b. Le 17 septembre 2007, le protocole a été établi par le Procureur général.

Le ch.1 du protocole fixe le principe des autorisations de sortie notamment les modalités, à savoir :

1. Sorties accompagnées par une escorte policière.
2. Sorties accompagnées par un surveillant et un/e sociothérapeute du centre.
3. Sorties accompagnées par un surveillant ou un/e sociothérapeute.

4. Sorties partiellement accompagnées par un surveillant ou un/e sociothérapeute.

Selon le ch. 3, les autorisations de sortie sont soumises au droit de veto du Procureur général. En lieu et place d'un refus, le Procureur général peut assortir l'autorisation de sortie de conditions supplémentaires. Celles-ci lient la direction de l'établissement.

Or, dans la mesure où ledit protocole entend régler les modalités d'exécution de peine pour des détenus concordataires mais dépendant d'autres cantons que celui de Genève, force est de constater qu'il est entaché d'un vice fondamental, à savoir l'absence de base légale. En effet, cette matière est entièrement et exclusivement régie par le droit fédéral, en l'occurrence les dispositions pertinentes du CP. Les compétences cantonales de l'exécution des peines pour un détenu concordataire doivent découler des dispositions légales et/ou réglementaires. Or comme vu ci-dessus, ni le CP ni les dispositions concordataires ne donnent compétence au Procureur général de prendre une décision concernant les sorties accompagnées d'un détenu condamné par un tribunal d'un autre canton et purgeant sa peine à Genève.

L'art. 43 LOJ dont se réclame le Procureur général lui donne certes des compétences spécifiques, mais en matière de police administrative exclusivement et non pas en droit pénal. En d'autres termes, le Procureur général ne peut pas s'opposer à des mesures d'exécution pénales fédérales en invoquant des compétences résiduelles tirées des dispositions de police administrative cantonale. Il sied encore de préciser que la compétence ordinaire en matière de police administrative appartient au Conseil d'Etat, lequel est au surplus, l'autorité exécutive dont dépend notamment la réglementation d'exécution pour les établissements pénitentiaires.

En assortissant la décision des autorités fribourgeoises d'une condition supplémentaire, le Procureur général a bloqué l'application du droit pénal fédéral, en particulier, les mesures prises par les autorités compétentes pour favoriser le passage du régime de la détention carcérale à celui de la libération conditionnelle.

Partant, en tant qu'elle émane d'une autorité n'ayant pas la compétence pour la prendre, la décision querellée est nulle.

6. En conséquence, le recours sera admis. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 11 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée au recourant qui y a conclu, à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 6 août 2009 par Monsieur X_____ contre la décision du 20 juillet 2009 du Procureur général ;

au fond :

l'admet ;

constate la nullité de la décision du 20 juillet 2009 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur X_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux art. 78 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière pénale ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Raphaël Zimmermann, avocat du recourant, au Procureur général, ainsi qu'au service de l'application des sanctions pénales du canton de Fribourg, pour information.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :