REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/50/2020 **ACPR/204/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 25 mars 2021

Entre

A_____, domicilié c/o Foyer B_____, rue _____[GE], comparant par M^e^ C_____, avocat, rue _____, Genève,

recourant,

contre la décision rendue le 23 juin 2020 par l'Office cantonal de la population et des migrations,

et

L'OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS, Service juridique, route de Chancy 88, 1213 Onex,

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

intimés.

EN FAIT :

A. **a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 6 juillet 2020, A_____ recourt contre la décision de non-report de son expulsion judiciaire, prononcée par l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) le 23 juin 2020, notifiée le lendemain.

Le recourant conclut à l'annulation de ladite décision, sous suite de frais. Il sollicite également le bénéfice de l'assistance juridique. Préalablement, il conclut à l'octroi de l'effet suspensif.

b. Par ordonnance du 8 juillet 2020 (OCPR/26/2020), la Direction de la procédure de la Chambre de céans a accordé l'effet suspensif sollicité.

c. A_____ a rempli le formulaire d'assistance juridique. Dans son préavis du 14 août 2020, le Service de l'assistance juridique a attesté que l'intéressé, requérant d'asile débouté n'ayant jamais exercé d'activité lucrative en Suisse, était indigent.

d. Par arrêt du 23 novembre 2020 (ACST/34/2020), la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice a admis que la Chambre de céans était compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'OCPM rendues en matière de report de l'exécution de l'expulsion pénale au sens de l'art. 66*d* CP.

e. Par ordonnance du 14 décembre 2020 (OCPR/57/2020), la Direction de la procédure de la Chambre de céans a rejeté la demande du Ministère public du 11 décembre 2020 tendant à la levée immédiate de l'effet suspensif. Elle a imparti un délai au 11 janvier au Ministère public et à l'OCPM pour présenter leurs observations sur le recours.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par jugement du 17 février 2020, le Tribunal de police a déclaré A_____ coupable de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI), dommages à la propriété (art. 144 al. 1 CP) et vol (art. 139 ch. 1 CP). Il l'a condamné à une peine privative de liberté de 10 mois, sous déduction de 90 jours de détention avant jugement.

Il a en outre ordonné son expulsion judiciaire du territoire suisse (art. 66*a*^{bis} CP) pour une durée de 5 ans.

b. A_____ a appelé de ce jugement, concluant exclusivement à son acquittement du chef de vol et à la réduction de sa peine privative de liberté.

Par arrêt du 4 juin 2020, la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice a confirmé le jugement précité.

c. Le 16 juin 2020, l'OCPM a imparti un délai à A_____ pour faire valoir ses observations sur la décision qu'il entendait prendre d'exécuter son expulsion à destination de la Tunisie.

d. Dans ses observations du 18 suivant, le précité s'est opposé à son expulsion vers la Tunisie. Il avait commis de *"grosses bêtises"* pendant son enfance dans ce pays et ne voulait pas y retourner.

e. À teneur du dossier, A_____ a été reconnu par les autorités tunisiennes, qui lui avaient délivré un laissez-passer. Une tentative de renvoi vers la Tunisie avait échoué le 12 décembre 2019 en raison de l'incarcération du précité.

C. Dans sa décision, l'OCPM a refusé le report de l'expulsion judiciaire prononcée à l'encontre de A_____. Il n'existait aucun obstacle à l'exécution de son expulsion à destination de la Tunisie.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ conteste tout d'abord la compétence de la Chambre de céans pour statuer. Sur le fond, il invoque l'art. 83 al. 4 LEI. Il souffrait de troubles psychiatriques de longue date nécessitant un suivi médical. La Tunisie disposait d'un système de santé inapte à assurer les soins dont il avait besoin.

b. Dans ses observations du 18 décembre 2020, le Ministère public conclut au rejet du recours. Le Tribunal fédéral avait déjà confirmé que la Tunisie était un État qui connaissait un système de santé suffisant pour accueillir les condamnés souffrant de pathologie(s) médicale(s) (cf. arrêt 2C_411/2015 du 24 juin 2015). Rien ne permettait de s'éloigner de ce constat.

c. L'OCPM n'a pas déposé d'observations.

d. Le recourant n'a pas répliqué.

EN DROIT :

1. **1.1.** La compétence de la Chambre de céans pour statuer sur le recours interjeté découle désormais de l'arrêt du 23 novembre 2020 de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice.

Cette attribution résultera en outre de la modification de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LaLEI) en cours, laquelle confère au Département de la sécurité, de l'économie et de la santé, soit pour lui l'OCPM, la

compétence pour statuer sur le report de l'exécution de l'expulsion. Le nouvel art. 5 al. 5 LaCP entraînera ainsi la compétence de la Chambre pénale de recours pour statuer sur les recours en la matière, par le truchement des art. 40 al. 1 et 42 al. 1 let. a LaCP.

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

1.3. Le recours a été déposé selon les forme et délai prescrits (art. 90 al. 2, 385 al. 1, 390 al. 1 et 396 al. 1 CPP), 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).

1.4. Partant, il est recevable.

2. Le recourant n'a pas appelé de son expulsion judiciaire, laquelle est définitive et exécutoire.

Il invoque pour la première fois dans le cadre de son recours des troubles psychotiques qui constituent, selon lui, un obstacle à son expulsion vers la Tunisie, qui ne disposerait pas de structure médicale adaptée pour le soigner efficacement.

2.1. L'art. 66*a*^{bis} CP stipule que le juge peut expulser un étranger du territoire suisse pour une durée de trois à quinze ans si, pour un crime ou un délit non visé à l'art. 66*a*, celui-ci a été condamné à une peine ou a fait l'objet d'une mesure au sens des art. 59 à 61 ou 64.

2.2. Selon l'art. 66*d* al. 1 CP, l'exécution de l'expulsion obligatoire ne peut être reportée que lorsque la vie ou la liberté de la personne concernée dont le statut de réfugié a été reconnu par la Suisse serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques (let. a) ou lorsque d'autres règles impératives du droit international s'opposent à l'expulsion (let. b). L'autorité cantonale compétente doit tenir compte d'office des obstacles à l'exécution qui sont portés à sa connaissance par l'étranger condamné ou dont elle apprend l'existence par d'autres sources (Message du Conseil fédéral concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire [Mise en oeuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels] du 26 juin 2013, FF 2013 5373 ss, 5429). Elle présume, au moment de prendre sa décision, qu'une expulsion vers un Etat que le Conseil fédéral a désigné comme un Etat sûr au sens de l'art. 6a al. 2 de la loi sur l'asile (LAsi) ne contrevient pas à l'art. 25 al. 2 et 3 Cst. (al. 2). L'annexe 2 de l'OA 1 dresse la liste des pays exempts de persécution, parmi lesquels ne figurent pas la Tunisie. Toutefois, les ressortissants de ce pays obtiennent généralement un faible taux de protection dans les procédures

d'asile (SEM, *Pays à faible taux de protection, état au 1er octobre 2019*, 13 juillet 2020).

2.3. Une interprétation littérale de l'art. 66*d* CP rend cette disposition inapplicable à une expulsion facultative. L'art. 12*a* al. 2 de l'ordonnance relative au code pénal et au code pénal militaire (O-CP-CPM) semble aller dans le même sens puisqu'il affirme spécifiquement qu'en cas de concours entre une expulsion obligatoire et une expulsion facultative, le report de l'exécution de celles-ci est régi par l'art. 66*d* CP. La nécessité de cette précision laisse supposer qu'à défaut de cette affirmation, l'art. 66*d* CP n'est pas applicable à la seule expulsion facultative. Une partie de la doctrine retient ainsi un silence qualifié, considérant que les obstacles à l'exécution d'une expulsion obligatoire empêchent déjà le prononcé de cette mesure au sens de l'art. 66*a*bis CP par le juge du fond (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER [éds], *Basler Kommentar Strafrecht I : Art. 1-136 StGB*, 4e éd., Bâle 2019, n. 14 *ad* art. 66*a*bis et n. 1 *ad* art. 66*d* ; S. TRECHSEL / M. PIETH [éds], *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 3e éd., Zurich 2018, n. 8 ad art. 66*d*). Quoi qu'il en soit, l'expulsion facultative doit respecter les normes impératives du droit international public, dont le principe de non-refoulement. Partant, des auteurs estiment que l'art. 66*d* CP s'applique également à de telles expulsions. En outre, cette disposition a vocation à n'être mise en oeuvre qu'au moment de l'exécution de l'expulsion par l'autorité cantonale compétente, soit une fois l'expulsion prononcée par le juge pénal. L'idée est de laisser au juge la compétence d'examiner le cas de rigueur et aux autorités d'exécution le principe du non-refoulement (FF 2013 5373 ss, 5402 ; S. GRODECKI / Y. JEANNERET, *L'expulsion judiciaire / VII. - XI.*, in : A.-S. Dupont / A. Kuhn [éds.], *Droit pénal - Evolution en 2018*, 2017, n. 106 ss ; C. Perrier Depeursinge, *L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse*, RPS 135/2017 p. 389 ss, p. 403). En ce sens, l'art. 18 al. 1 du règlement genevois sur l'exécution des peines et mesures (REPM) prévoit que l'OCPM est compétent pour prendre les dispositions de mise en oeuvre de l'expulsion prononcée par le juge pénal (art. 66*a* à 66*b* CP), ainsi que pour se prononcer sur le report de l'exécution de cette mesure (art. 66*d* CP).

2.4. Selon l'art. 83 al. 1 LEI, le SEM décide d'admettre à titre provisoire l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est impossible, illicite ou inexigible.

Premièrement, l'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son État d'origine, son État de provenance ou un État tiers, ni être renvoyé dans l'un d'entre eux pour des raisons techniques et pratiques, lesquelles ne doivent pas être induites par le comportement de l'intéressé (al. 2 et art. 17 al. 2 de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étranger [OERE]). Une impossibilité d'exécuter un renvoi intervient, en particulier, lorsque (i) tous les États tiers sollicités refusent d'accueillir la personne renvoyée, (ii) l'État d'origine refuse de la reprendre, (iii) un renvoi dans le pays d'origine est rendu impossible à long terme (ex. : troubles entrainant la fermeture de tous les aéroports), (iv) les papiers

nécessaires à la poursuite du voyage ne sont pas disponibles et ne peuvent pas être obtenus à long terme, quand bien même la personne concernée collabore pleinement avec les autorités ou encore (v) l'état de santé de la personne interdit un transport pour une durée indéterminée (SEM, *Manuel Asile et retour, Article E3 - Le renvoi, l'exécution du renvoi et l'octroi de l'admission provisoire*, 2014, p. 17 s.).

L'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans l'un des États susmentionnés est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (al. 3). Il y a ainsi lieu de vérifier si cette exécution ne contrevient pas, notamment, au principe du non-refoulement prévu par le droit des réfugiés (art. 5 al. 1 LAsi) ou applicable au regard des droits de l'homme (art. 3 CEDH) (SEM, *op. cit.*, p. 8 ss).

Enfin, l'exécution ne peut être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger (ex. : en cas de guerre [civile], de violence généralisée, de nécessité médicale ; al. 4). Il faut donc qu'en cas de retour, l'étranger soit plongé dans une situation de détresse grave mettant en péril son existence. Une situation économique et des conditions de vie générales difficiles dans le pays d'origine ou de provenance ne suffisent pas à conclure à une mise en danger concrète (SEM, *op. cit.*, p. 13 ss). Le Conseil fédéral désigne les États d'origine ou de provenance ou les régions de ces États dans lesquels le retour est raisonnablement exigible. Si l'étranger renvoyé ou expulsé vient de l'un de ces États, l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est en principe exigible (al. 5).

2.5. En l'espèce, à l'instar du Ministère public, il y a lieu de relever qu'à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le système de santé tunisien permet de s'y faire traiter médicalement (arrêt 2C_411/2015 du 24 juin 2015, consid. 5.2).

Le recourant ne produit aucun avis médical contraire.

Il ne prétend pas non plus que son renvoi vers la Tunisie l’exposerait à des persécutions ou à d’autres traitements inhumains ou dégradants.

Les conditions posées à une admission provisoire au sens de l'art. 83 al. 4 LEI ne sont dès lors pas réunies.

Enfin, la Tunisie l'a reconnu comme étant l'un de ses ressortissants et lui a déjà délivré un laissez-passer, de sorte qu'il n'y a aucun obstacle matériel à son renvoi dans ce pays.

Partant, le recourant ne peut continuer à séjourner en Suisse. La mesure n’avait pas à être différée. L’OCPM a statué à bon droit.

3. Justifiée, la décision querellée sera donc confirmée.

4. Le recourant conclut à l'assistance juridique.

4.1. Le droit à l'assistance d'un défenseur d'office est soumis aux conditions cumulatives que le requérant soit indigent, que sa cause ne paraisse pas dépourvue de toute chance de succès et que la sauvegarde de ses intérêts justifie une telle assistance (cf. art. 132 al. 1 let. b et 136 al. 1 et al. 2 let. c CPP; cf. également art. 29 al. 3 Cst.). Selon la jurisprudence, il se justifie en principe de désigner un avocat d'office à l'indigent lorsque la situation juridique de celui-ci est susceptible d'être affectée de manière particulièrement grave. Lorsque, sans être d'une portée aussi capitale, la procédure en question met sérieusement en cause les intérêts de l'indigent, il faut en outre que l'affaire présente des difficultés en fait et en droit que le requérant ou son représentant légal ne peuvent surmonter seuls (arrêt du Tribunal fédéral 1B_180/2018 du 18 juillet 2018 consid. 2.1 et les arrêts cités).

4.2. En l'espèce, la condition de l'indigence est acquise.

Nonobstant l'issue de la cause, la présente affaire présentait à l'origine un problème de compétence de l'autorité de recours et, par-là, des difficultés juridiques propres à justifier l'intervention d'un avocat.

La requête tendant à la désignation d'un avocat d'office sera, partant, admise.

4.3.1. La procédure étant ici close (art. 135 al. 2 CPP), des dépens seront alloués à l'avocat d'office.

L'art. 135 al. 1 CPP prévoit que le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération et du canton for du procès. À Genève, le tarif des avocats est édicté à l'art. 16 RAJ et s'élève à CHF 200.- de l'heure pour un chef d'étude (al. 1 let. c).

Selon l'art. 16 al. 2 RAJ, 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. Les autorités cantonales jouissent d'une importante marge d'appréciation lorsqu'elles fixent, dans la procédure, la rémunération du défenseur d'office (ATF 141 I 124 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_856/2014 du 10 juillet 2015 consid. 2.3).

4.3.2. En l'espèce, le conseil du recourant n'a pas chiffré son indemnité. Eu égard à l'activité déployée (un recours de quelques pages topiques et un chargé de pièces), l'indemnité due sera fixée *ex aequo et bono* à CHF 600.- TTC.

5. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de la procédure de recours (art. 428 al. 1 CPP; arrêts du Tribunal fédéral 1B_203/2011 du 18 mai 2011 consid. 4 et 1B_372/2014 du 8 avril 2015 consid. 4.6 [arrêts qui rappellent que l'autorité de deuxième instance est tenue de dresser un état de frais pour la procédure de recours, sans égard à l'obtention de l'assistance judiciaire]), qui comprendront un émolument de décision de CHF 800.- (art. 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP; E 4 10.03).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Met A_____ au bénéfice de l'assistance juridique pour la procédure de recours et lui désigne Me C_____ à titre de défenseur d'office.

Alloue à Me C_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 600.- TTC pour l'activité déployée en faveur de A_____ dans la procédure de recours.

Met à la charge de A_____ les frais de la procédure de recours, qui comprendront un émolument de décision de CHF 800.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, à l'OCPM et au Ministère public.

Le communique pour information à la police (Brigade migration et retour).

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Sandro COLUNI	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/50/2020 **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	800.00
-	CHF	
Total	CHF	**895.00**