REPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/53/2020 **ACPR/82/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 9 février 2021

Entre

A_____, comparant par Me B_____, avocat,

recourant,

contre la décision rendue le 14 juillet 2020 par l'Office cantonal de la population et des migrations, avec requête d'assistance juridique

et

L'OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS, Service asile et départ, Secteur mesures, route de Chancy 88 - case postale 2652, 1211 Genève 2,

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 17 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 14 juillet 2020 et notifiée à son conseil.

Le recourant conclut, sous suite de dépens, principalement à l'annulation de cette décision, au report de son expulsion et à ce qu'il soit ordonné à l'OCPM de lui délivrer une attestation de séjour provisoire *"et de prendre des dispositions pour régler ses conditions de séjour jusqu'à l'exécution de son expulsion"*.

Préalablement, il conclut à l'assistance juridique et à la désignation de son conseil à titre de défenseur d'office.

b. Par ordonnance du 20 juillet 2020 (OCPR/29/2020), la Direction de la procédure a accordé l'effet suspensif sollicité.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par jugement du 20 décembre 2018, le Tribunal de police a ordonné notamment l'expulsion judiciaire de A_____ du territoire suisse (art. 66*a*^{bis} CP) pour une durée de 3 ans.

b. L'intéressé fait également l'objet d'une expulsion judiciaire, selon l'art. 66*a*^{bis} CP, prononcée par le Tribunal de police de C_____ [VD] le 28 janvier 2019, pour une durée de 4 ans.

c. Incarcéré à D_____ pour y purger diverses peines prononcées par les autorités pénales vaudoises et genevoises, A_____ a été libéré le 3 janvier 2020.

d. À sa sortie de détention, le précité, qui se prétend de nationalité libyenne et non tunisienne, a été informé par courrier de l'OCPM remis en main propre de ce qu'il devait quitter le territoire suisse d'ici au lendemain en raison de la décision définitive et exécutoire prise à son encontre par jugement du 20 décembre 2018. À défaut ou s'il revenait en Suisse durant les trois années suivantes, il pourrait être condamné pour rupture de ban. Une carte d'annonce de sortie au 4 janvier 2020 à remettre à un poste-frontière lui a été délivrée. Par sa signature, A_____ en a confirmé la réception à la même date.

e. Ladite carte n'a toutefois pas été retournée à l'OCPM. A_____ était présumé disparu et il devait être remis aux Services de police de Genève en cas de découverte.

f. Les 16 mars et 19 avril 2020, A_____ a été contrôlé par la police au E_____ [GE] et à F_____ [GE].

Il a admis n'avoir jamais quitté la Suisse mais contestait avoir séjourné illégalement sur ce territoire. Il avait *"recouru"* à Berne contre l'ordre d'expulsion du 3 janvier 2020 et attendait une réponse du Secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM). Il n'avait entrepris aucune démarche pour son retour dans son pays d'origine car il ne savait *"pas comment faire"*, étant précisé qu'il avait refusé, lors de son audition à la police, de recevoir les coordonnées d'un organisme d'aide au retour et à la réinsertion, ainsi que de contacter son consulat. En revanche, il avait écrit aux consulats canadien et islandais ainsi qu'à l'ONU. Il a produit notamment une information – sur support papier et issue d'internet – de la télévision tunisienne du 16 mars 2020 selon laquelle les frontières tunisiennes étaient fermées en raison de la propagation du coronavirus ainsi qu'une attestation de l'Hospice général du 9 avril 2020 confirmant son suivi par cet organisme depuis le 27 mars 2020 (validité : trois mois).

g. A_____ a été déclaré coupable par le Tribunal de police, le 8 juin 2020, notamment de rupture de ban pour la période du 5 janvier au 15 mars 2020 et condamné à une peine privative de liberté de 90 jours, sous déduction de 52 jours de détention avant jugement.

Il a appelé de ce jugement.

h. Par courrier du 22 juin 2020 notifié à son conseil, l'OCPM a informé A_____ qu'il allait procéder à l'exécution de son expulsion dès qu'il aurait fini de purger la peine privative de liberté à laquelle il avait été condamné. Conformément au droit d'être entendu, un délai de 5 jours lui était imparti pour communiquer ses éventuelles observations et objections; une absence de réaction de sa part dans ce délai serait considérée comme une acceptation tacite de l'expulsion.

i. Dans ses observations du 29 juin 2020, A_____ expose que la Libye n'est pas un pays sûr et que le Tribunal administratif fédéral a jugé que les renvois vers cet État n'étaient pas exigibles. La Tunisie ne figurait pas non plus sur la liste de l'annexe 2 de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (Ordonnance 1 sur l'asile, ci-après : OA 1). L'exécution de son expulsion violerait les règles impératives du droit international, compte tenu notamment de l'absence de détermination de son pays d'origine. Il ne possédait en tout état de cause aucun document de voyage lui permettant de se rendre dans l'un ou l'autre de ces pays. L'OCPM n'avait pas procédé à la moindre instruction. Il sollicitait que cette autorité détermine sa nationalité après enquête auprès de la représentation libyenne. Il était prêt à collaborer avec celle-ci. Dans cette attente, il sollicitait une attestation de séjour provisoire à sa libération.

C. Dans sa décision du 14 juillet 2020, l'OCPM a refusé le report de l'expulsion judiciaire prononcée le 20 décembre 2018 à l'encontre de A_____, sur la base des art. 66*d* CP et 83 LEI. Le précité n'avait pas pu rendre vraisemblable son pays de provenance. La demande de soutien en vue de l'identification de l'intéressé effectuée par ses soins auprès du SEM était toujours en cours. L'intéressé n'avait pas non plus fait valoir ou rendu vraisemblable que son expulsion l'exposerait à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants au sens de l'art. 66*d* al. 1 let. b CP. La date de départ a été fixée au 17 juillet 2020 selon la carte d'annonce de sortie remise en annexe. L'intéressé était rendu attentif au fait qu'à défaut de quitter la Suisse à cette date, sa détention administrative en vue de son expulsion pourrait être requise. En outre, il s'exposerait à être pénalement condamné pour rupture de ban.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ reproche à l'OCPM d'avoir rendu sa décision sans procéder à la moindre mesure d'instruction ni mesure d'obtention de document de voyage. Sa nationalité était indéterminée et il avait offert de collaborer à une demande d'identification auprès des autorités compétentes. En vertu de la maxime d'office consacrée en procédure administrative, ce n'était pas lui qui avait la charge de la preuve sur cette question. Il réitère que la Libye, voire la Tunisie, ne sont pas des pays sûrs. Le premier se trouvait notoirement *"dans une situation de violence généralisée"*, où les personnes vulnérables risquaient d'être *"capturées et réduites en esclavage"*. Faute d'instruction par l'OCPM, il n'était pas possible de conclure qu'il ne risquait pas de subir des traitements contraires à l'art. 3 CEDH. Dans la mesure où il ne possédait aucun document de voyage et où aucun État ne l'avait reconnu, il était dans l'impossibilité matérielle de quitter le territoire suisse. Il n'avait non plus aucun moyen financier pour organiser un rapatriement. L'obligation faite à lui de quitter la Suisse – à laquelle il ne pouvait se conformer – était ainsi non seulement contraire au principe de la bonne foi mais encore illicite. Conformément au principe de la proportionnalité, l'OCPM devait faire application de l'art. 12B LaLEtr et régler les modalités pratiques de son séjour en Suisse jusqu'à ce que l'expulsion puisse être exécutée.

À l'appui de sa demande d'assistance juridique, il excipe son indigence et la complexité de la procédure.

b. Dans ses observations du 18 décembre 2020, le Ministère public conclut au rejet du recours. Le condamné ne donnait aucune indication sur sa nationalité, alléguant être tunisien ou libyen. Une telle attitude était contraire à l'art. 90 LEI et à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui mettait un devoir spécifique de collaborer à la constatation des faits à la charge de l'étranger ou des tiers participants, faute de quoi l'autorité pouvait mettre fin à l'instruction. En l'absence d'un tel devoir, le recourant ne pouvait se prévaloir de l'impossibilité objective du renvoi. Les autorités suisses ne pouvaient pas demander des papiers à un pays en raison de l'attitude du condamné, qui refusait de collaborer.

c. Dans ses observations du 11 janvier 2021, l'OCPM considère qu'eu égard au jugement du Tribunal de police de C_____ du 28 janvier 2019, postérieur à celui du Tribunal de police de Genève du 20 décembre 2018, les autorités vaudoises étaient désormais compétentes pour la mise en œuvre de la nouvelle mesure d'expulsion d'une durée de 4 ans prononcée par elles. Celles-ci l'avaient informé par courriel du 18 novembre 2020 qu'elles allaient procéder au renvoi de Suisse de l'intéressé, lequel s'était adressé à l'ambassade d'Algérie pour obtenir un laissez-passer. Le recours était ainsi devenu sans objet.

d. Le recourant réplique. Il prenait acte que les autorités genevoises déclinaient leur compétence. Selon lui, ces dernières n'avaient pas, à l'origine, la compétence de rendre la décision querellée, qui était donc nulle.

Il sollicitait des dépens chiffrés à CHF 1'300.- (pour 6h30 heures d'activité [6h00 pour la rédaction du recours + 0h20 pour l'analyse des écritures des parties adverses + 0h10 pour la réplique] à CHF 200.-/h), majorés de 20% pour frais divers (soit CHF 260.-), plus la TVA en 7,7 % (CHF 120.12), soit CHF 1'680.12 au total.

E. Par arrêt du 7 septembre 2020 (AARP/310/2020), la Chambre pénale d'appel et de révision a rejeté l'appel de A_____ contre le jugement du Tribunal de police du 8 juin 2020, a néanmoins annulé celui-ci et, statuant de nouveau, a déclaré le précité coupable notamment de rupture de ban pour la période du 5 janvier au 15 mars 2020, le condamnant à une peine privative de liberté de 90 jours, sous déduction de 90 jours de détention avant jugement.

Elle a considéré que A_____ faisait l'objet de deux expulsions judiciaires facultatives, lesquelles étaient entrées en force et étaient exécutoires. Le 3 janvier 2020, il avait reçu de l'OCPM l'ordre express de quitter le territoire. Quand bien même il en contestait la validité, il se trouvait, depuis ledit ordre, dans l'obligation de quitter la Suisse.

Le précité aurait en outre eu les moyens, à tout le moins entre janvier et mars 2020, d'entreprendre certaines démarches afin de rendre convaincante sa nationalité libyenne, en fournissant des documents personnels ou témoignages écrits de sa famille, notamment de sa sœur, dont il avait opportunément oublié le patronyme, ou encore requérir l'aide d'une institution d'aide au retour, à l'instar de la Croix-Rouge genevoise ou du SEM, lequel gérait déjà son dossier. Au lieu de concentrer ses efforts sur des démarches raisonnables, il avait soutenu avoir déposé un *"recours à Berne"* ou encore avoir pris contact avec les consulats canadien et islandais ainsi qu'avec l'ONU. Lors son audition à la police en avril 2020, il avait également été jusqu'à refuser de recevoir les coordonnées d'un organisme d'aide au retour et à la réinsertion. S'ajoutait encore le fait que l'intéressé était assisté d'un conseil lors de la procédure ayant conduit à la décision d'expulsion genevoise, lequel aurait été à même

de l'aiguiller à bon escient. En d'autres termes, il avait à sa disposition de multiples moyens pour prouver son intention de collaborer et, cas échéant, de justifier son impossibilité de quitter la Suisse. Or, il avait préféré disparaître après avoir reçu l'ordre de l'OCPM du 3 janvier 2020, soit avant la pandémie. Outre son caractère réfractaire à collaborer à l'établissement de son identité, il était permis de mettre en doute ses origines libyennes, compte tenu de son récit sur son parcours. Ainsi, arrivé en Suisse en 2014-2015, il avait néanmoins attendu janvier 2017 pour déposer une demande d'asile. Un tel laps de temps ne confortait pas la thèse selon laquelle il aurait eu besoin de la protection suisse pour contrer un danger grave et concret en cas de renvoi dans son pays d'origine. À cela s'ajoutait qu'il s'était également présenté comme originaire de Tunisie, pays vers lequel les renvois étaient susceptibles d'intervenir avec plus de facilité. En définitive, il n'avait pas su rendre plausibles ses origines libyennes puisque le SEM avait rejeté sa requête après quelques mois seulement d'examen. Par ailleurs, l'intéressé ayant été condamné pénalement pas moins de neuf fois, il était permis de considérer qu'il était susceptible de représenter une menace pour la sécurité publique (consid. 3.3.).

A_____ n'a pas recouru contre cet arrêt.

EN DROIT :

1. **1.1.** Dans son 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.

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. 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. L'OCPM conclut à ce que le recours soit déclaré sans objet, les autorités vaudoises ayant indiqué, à la suite du jugement du Tribunal de police de C_____ du 28 janvier 2019 prononçant l'expulsion du condamné pour une durée de 4 ans – postérieur au jugement du Tribunal de police du 20 décembre 2018 – qu'elles allaient mettre en œuvre le renvoi de Suisse du condamné.

Quand bien même, il n'apparaît pas que l'OCPM ait révoqué sa décision de non-report d'expulsion litigieuse. Partant, celle-ci subsiste et le recours interjeté contre elle doit être tranché.

3. Le recourant conclut, dans sa réplique, à la nullité de la décision attaquée et à l'admission du recours, arguant, vu ce qui précède, que l'OCPM n'avait pas la compétence à l'origine pour la prononcer.

Ce n'est que le 18 novembre 2020 que l'OCPM a appris de son homologue vaudois que celui-ci procéderait au renvoi du condamné. La décision litigieuse est antérieure. Par ailleurs, elle se fonde elle aussi sur un jugement exécutoire prononçant une expulsion judiciaire. Partant, elle était parfaitement licite.

Ce nouveau grief est rejeté.

En outre, il n'appartient pas à la Chambre de céans de déterminer quel canton doit procéder au renvoi de Suisse du condamné.

4. Le recourant souhaite le report de son expulsion.

4.1.1. 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 œuvre 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 ni la Libye, ni la Tunisie. Toutefois, les ressortissants de ce second 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).

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 œuvre 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 œuvre 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).

4.1.2. 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).

4.1.3. Une admission provisoire pour inexigibilité et impossibilité de l'exécution du renvoi n'est pas ordonnée, en particulier, lorsque l'étranger attente de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 83 al. 7 let. B LEI). Il en va de même si l'impossibilité d'exécuter le renvoi ou l'expulsion est due au comportement de l'étranger (al. 7 let. c). Ainsi, une personne qui ne collabore pas à l'obtention de documents de voyage ou qui refuse de demander elle-même des documents de voyage valables auprès de la représentation de son pays est exclue de l'admission provisoire (SEM, *op. cit.*, p. 18, 22 ss).

En principe, lorsque la personne à renvoyer peut se prévaloir d'une protection en vertu du droit international public, son besoin de protection l'emporte sur les préoccupations d'ordre sécuritaire et revêt un caractère absolu. Une dérogation découle toutefois de l'art. 83 al. 9 LEI, qui prévoit que l'admission provisoire n'est pas ordonnée lorsqu'une expulsion au sens des art. 66*a* ou 66*a*^{bis} CP est entrée en force (SEM, *op. cit.*, p. 21).

4.1.4. À teneur de l'art. 90 LEI, l'étranger doit collaborer à la constatation des faits déterminants pour son application et doit en particulier : fournir des indications

exactes et complètes sur les éléments déterminants pour la réglementation du séjour (let. a); fournir sans retard les moyens de preuve nécessaires ou s'efforcer de se les procurer dans un délai raisonnable (let. b); se procurer une pièce de légitimation (art. 89) ou collaborer avec les autorités pour en obtenir une (let. c).

En procédure administrative fédérale, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves (art. 12 PA). Selon la maxime inquisitoire, l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés; ladite maxime oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. En revanche, elle ne dispense pas les parties de collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA; arrêts 2C_787/2016 du 18 janvier 2017 consid. 3.1 et 2C_84/2012 du 15 décembre 2012 consid. 3.1, non publié in ATF 139 IV 137).

En matière de droit des étrangers, le Tribunal fédéral a statué, dans un arrêt 2C_207/2017 du 2 novembre 2017 consid. 3.1., que l'art. 90 LEI mettait un devoir spécifique de collaborer à la constatation des faits déterminants à la charge de l'étranger ou des tiers participants (arrêts 2C_787/2016 du 18 janvier 2017 consid. 3.1 et 2C_777/2015 du 26 mai 2016 consid. 3.3, non publié in ATF 142 I 152). En l'absence de collaboration de la partie concernée par de tels faits et d'éléments probants au dossier, l'autorité qui mettait fin à l'instruction du dossier en retenant qu'un fait ne pouvait être considéré comme établi, ne tombait ni dans l'arbitraire ni ne violait l'art. 8 CC (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299).

Le même devoir de collaboration des parties est expressément prévu dans la LPA, applicable par-devant l'OCPM (art. 22 LPA).

4.1.5. Lorsqu'un étranger est remis en liberté, en raison de l'impossibilité à le renvoyer ou à l'expulser, l'OCPM lui délivre une attestation de séjour provisoire et prend, si nécessaire, les dispositions voulues pour régler ses conditions de séjour jusqu'à l'exécution de son renvoi ou de son expulsion (art. 12B LaLEtr).

4.2. En l'espèce, le recourant prétend que son renvoi ne peut avoir lieu puisque sa nationalité n'était pas établie. À tort.

Comme déjà relevé par la Chambre pénale d'appel et de révision dans son arrêt du 7 septembre 2020, il n'a nullement collaboré à son identification et, partant, n'a pas justifié son impossibilité de quitter la Suisse.

Or, ce devoir de collaboration, qui prévaut en matière de droit des étrangers nonobstant la maxime inquisitoire régissant la procédure administrative, impose à l'étranger de collaborer à la constatation des faits déterminants, faute de quoi

l'autorité peut mettre fin à l'instruction du dossier en retenant qu'un fait ne pouvait être considéré comme établi.

On constate ici que le recourant n'a jamais donné sa véritable nationalité ni même rendu vraisemblable le pays dont il est ressortissant, se prétendant libyen, voire tunisien et, récemment, auprès des autorités vaudoises, algérien. Partant, l'OCPM était dans l'incapacité de demander à un pays les autorisations de voyager nécessaires.

Seul l'étranger qui collabore à son identification et dont le pays d'origine refuse ensuite de remettre des documents de voyage peut se prévaloir d'une impossibilité à la mise en œuvre de son expulsion (FF 2013 5373 ss, 5430). Tel n'est pas le cas ici. En l'absence de collaboration de l'intéressé, l'OCPM pouvait ainsi mettre fin à l'instruction et considérer qu'il n'existait aucune impossibilité à son renvoi.

Le renvoi ou l'expulsion n'étant pas impossible, le recourant ne saurait, partant, invoquer l'art. 12B LaLEtr pour prétendre être mis au bénéfice d'une attestation de séjour provisoire en Suisse.

Dans la mesure où les conditions d'application de l'art. 66*d* CP ne peuvent s'examiner qu'au regard d'un pays déterminé, il n'y a pas lieu d'examiner si la Libye ou la Tunisie sont des pays sûrs et si le recourant risque d'y subir des traitements inhumains.

Le recourant fait encore valoir qu'il est dans l'incapacité de se conformer à l'obligation de quitter la Suisse, faute de moyens financiers. Or, il a déjà été constaté dans l'arrêt précité qu'il pouvait requérir de l'aide auprès d'une institution d'aide au retour mais avait refusé de recevoir les coordonnées d'un tel organisme. Partant, son absence de collaboration empêche, là également, de conclure à son impossibilité à quitter la Suisse.

5. Justifiée, la décision querellée sera donc confirmée.

6. Le recourant conclut à l'assistance juridique.

6.1. 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).

6.2. 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.

6.3.1. La procédure étant ici close (art. 135 al. 2 CPP), des dépens seront alloués à l'avocat d'office, qui les a chiffrés et détaillés.

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).

6.3.2. En l'espèce, l'indemnité requise, correspondant à 6h30 d'activité, n'apparaît pas excessive au regard du travail accompli, et sera ainsi fixée à CHF 1'300.-, augmentée de la TVA à 7.7% [CHF 100.10], soit CHF 1'400.10 au total. L'indemnité forfaitaire de 20% ne se justifie toutefois pas en instance de recours (ACPR/762/2018 du 14 décembre 2018).

7. Le recourant, bien qu'au bénéfice de l'assistance juridique, succombe. Il 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 900.- (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 B_____ à titre de défenseur d'office.

Alloue à Me B_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 1'400.10 (TVA 7.7 % incluse) 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 comprennent un émolument de CHF 900.-.

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

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

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	La présidente :
Arbenita VESELI	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/53/2020 **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	900.00
-	CHF	
Total	CHF	**995.00**