REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/65/2020 **ACPR/271/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 26 avril 2021

Entre

A_____, actuellement sans domicile connu, comparant en personne,

recourant,

contre la décision rendue le 17 juillet 2020 par l'Office cantonal de la population et des migrations,

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 daté du 23 juillet 2020, expédié depuis la prison de B_____ à l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), qui l'a reçu le 6 août 2020 et transmis au greffe de la Chambre de céans le 1er septembre 2020, A_____ recourt contre la décision de non-report de son expulsion judiciaire, prononcée par l'OCPM le 17 juillet 2020 et notifiée le lendemain.

Le recourant conteste cette décision.

b. Par ordonnance du 4 septembre 2020 (OCPR/37/2020), la Direction de la procédure de la Chambre de céans a accordé d'office l'effet suspensif au recours.

c. 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.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par arrêt du 15 mai 2020 (AARP/179/2020), aujourd'hui définitif et exécutoire, la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice (ci-après : CPAR) a déclaré A_____, ressortissant soudanais – également connu sous l'alias de C_____, originaire du Maroc –, coupable de brigandage, lésions corporelles simples, vol, injure, entrée et séjour illégaux, infraction à l'art. 19 al. 1 let. c, d et g LStup et contravention à la LStup. Elle l'a condamné à une peine privative de liberté de 13 mois, sous déduction de 8 mois et 27 jours de détention avant jugement, peine complémentaire à celle prononcée le 7 mars 2020 par le Ministère public, ainsi qu'à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 10.- le jour et à une amende de CHF 100.-.

Elle a également prononcé son expulsion judiciaire du territoire suisse (art. 66*a* al. 1 CP) pour une durée de 5 ans.

b. Le 6 juillet 2020, l'OCPM a imparti un délai à A_____ pour faire valoir ses observations sur la décision qu'il entendait prendre de l'expulser du territoire suisse.

C. Dans sa décision, l'OCPM a considéré, eu égard aux art. 66*d* CP et 83 LEI, qu'il n'existait aucun obstacle à l'exécution de l'expulsion de l'intéressé du territoire suisse.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ dit avoir deux enfants (une fille de 8 ans et demi et un garçon de 7 ans). Il avait grandi au Maroc dans un orphelinat, privé de son

père, et ne souhaitait pas la même chose pour ses enfants. Il regrettait ses agissements et voulait partir en Italie, où ses enfants pourraient le rejoindre pendant les vacances.

b. Dans ses observations du 21 décembre 2020, le Ministère public conclut au rejet du recours. Le condamné se limitait à contester le principe de l'expulsion, pourtant définitivement jugée, et ne soulevait aucun motif de report au sens de l'art. 66*d* al. 1 CP, seul invocable à ce stade.

c. Dans ses observations du 15 janvier 2021, l'OCPM conclut au rejet du recours. L'intéressé ne jouissait pas du statut de réfugié reconnu en Suisse et ne faisait pas valoir que son retour au Maroc – pays dont il était originaire selon copie de sa carte d'identité jointe – l'exposerait à la torture ou à des peines ou traitements inhumains. Les juges du fond, après examen notamment de l'art. 8 par. 1 CEDH, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, n'avaient pas renoncé à la mesure d'éloignement, de sorte que le recourant ne pouvait plus venir soutenir, à ce stade, que son expulsion du territoire suisse l'éloignerait de ses supposés enfants et de sa compagne. Pour le surplus, aucune raison pratique étrangère au comportement du recourant ne rendait impossible l'exécution de son expulsion à destination de son pays d'origine, étant précisé qu'il n'était pas autorisé à séjourner en Italie, comme le Tribunal d'application des peines et mesures le lui avait du reste rappelé dans son jugement du 21 décembre 2020 (PM/1_____/2020).

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 émane du condamné, qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 382 al. 1 CPP).

1.3.1. Le recours doit être motivé par écrit et adressé à l'autorité de recours dans le délai de 10 jours à compter de la notification de la décision querellée (art. 396 al. 1 et 90 al. 1 CPP).

Selon l'art. 91 al. 2 CPP, les écrits doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai à l'autorité pénale, à la Poste suisse, à une représentation consulaire ou diplomatique suisse ou, s'agissant de personnes détenues, à la direction de l'établissement carcéral.

1.3.2. En l'espèce, le recourant s'est vu notifier la décision querellée le 18 juillet 2020, de sorte que le délai pour recourir arrivait à échéance le 28 suivant. Bien que daté du 23 juillet 2020, on ignore à quel date la remise de l'acte au greffe de l'établissement pénitentiaire a eu lieu. La question de la recevabilité du recours, sous cet angle, peut, néanmoins, rester ouverte, vu ce qui suit.

2. **2.1.** L'art. 66*a* CP stipule que le juge expulse de Suisse l'étranger qui est condamné quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre, pour une durée de cinq à quinze ans pour les infractions qu'il liste soit notamment pour vol qualifié (art. 139 ch. 1 et 2 CP), brigandage (art. 140 ch. 1 al. 1 et 2 CP).

À teneur de l'art. 66*a* al. 2 CP, le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. À cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse.

Outre le principe de proportionnalité ancré à l'art. 36 al. 3 Cst., l'art. 66*a* al. 2 CP vise à assurer le respect de règles de droit international. En effet, le législateur, en introduisant cet article, visait à tenir compte des accords internationaux interdisant l'expulsion, soit en particulier l'art. 8 CEDH et l'art. 17 Pacte ONU II (droit au respect de la vie privée et familiale) et la Convention relative aux droits de l'enfant, qui interdit de séparer les enfants de leurs parents contre leur volonté et assure leur droit à entretenir des relations personnelles et des contacts réguliers. Bien que formulé de manière potestative, l'art. 66*a* al. 2 CP impose au juge de renoncer à expulser l'étranger lorsque le cas de rigueur est réalisé. (L. MOREILLON/ A. MACALUSO / N. QUELOZ / N. DONGOIS (éds), *Commentaire romand, Code pénal I : art. 1-110 CP,* Bâle 2021, ns. 47 et 48 ad art. 66*a*).

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 État que le Conseil fédéral a désigné comme un État 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).

2.3. 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).

2.4. En l'espèce, la CPAR a prononcé l'expulsion obligatoire du recourant (art. 66*a* al. 1 CP). Cette décision est aujourd'hui définitive et exécutoire.

Les relations entre le recourant et ses enfants ont été examinées par les premiers juges. Elles n'ont pas été considérées comme suffisamment étroites pour faire obstacle au renvoi de l'intéressé de Suisse (AARP/179/2020 consid. 5.2.2.). Le recourant ne saurait ainsi, au détour de sa contestation de l'exécution de son expulsion, obtenir un réexamen de cette question.

Le recourant ne fait valoir aucun autre grief, au sens des art. 66*d* al. 1 CP et 83 al. 1 LEI, pour s'opposer à son expulsion vers son pays d'origine.

Son renvoi ou son expulsion vers le Maroc n'étant pas impossible, il 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, qui succombe, supportera les frais de la procédure de recours (art. 428 al. 1 CPP), 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 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 (par FAO), 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 Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Xavier VALDES	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/65/2020 **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	30.00
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	**95.00**