

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/74/2018

ACPR/692/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 22 novembre 2018

Entre

A\_\_\_\_\_, actuellement détenu dans l'établissement [pénitentiaire] B\_\_\_\_\_, comparant par  
M<sup>c</sup> Guillaume RYCHNER, avocat, Gros & Waltenspühl, rue Beauregard 9, 1204 Genève,

recourant,

contre la décision rendue le 9 novembre 2018 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,

intimé.

---

**Vu :**

- la décision de non-report d'expulsion judiciaire prise par l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) à l'encontre de A\_\_\_\_\_, le 9 novembre 2018;
- le recours expédié le 19 novembre 2018 au greffe de la Chambre de céans.

**Attendu que :**

- le 2 août 2018, A\_\_\_\_\_ a été condamné par le Tribunal de police à, notamment, l'expulsion du territoire suisse pour une durée de 5 ans, en application de l'art. 66a<sup>bis</sup> CP, l'exécution de la peine (2 mois de peine privative de liberté, sous imputation de 51 jours de détention avant jugement) primant celle de l'expulsion;
- par jugement du 1<sup>er</sup> novembre 2018, le Tribunal d'application des peines et mesures a ordonné la libération conditionnelle de l'intéressé dès le 9 novembre 2018;
- le 9 novembre 2018, l'OCPM, après avoir entendu A\_\_\_\_\_, lui a notifié une décision de non-report de son expulsion judiciaire;
- cette décision mentionne qu'elle est exécutoire nonobstant recours et indique pour voie de droit le recours à la Chambre pénale de recours dans le délai de 10 jours dès sa notification (art. 42 de la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale [LaCP; E 4 10] et art. 396 CPP);
- par décision du 9 novembre 2018 du Commissaire de police, A\_\_\_\_\_ a été placé en détention administrative pour une durée de 8 semaines, étant précisé qu'une place dans un vol en partance de Zurich, avec accompagnement médical, à destination de la C\_\_\_\_\_ – pays dont il est ressortissant –, avait d'ores et déjà été réservée;
- par jugement du 12 novembre 2018, le Tribunal administratif de première instance a confirmé ledit ordre de mise en détention administrative;
- dans son recours, A\_\_\_\_\_ fait valoir que :
  - sa santé s'était dégradée au cours des derniers mois [il souffrait d'une tuberculose et d'une hépatite C, ainsi que d'une infection pulmonaire et d'une cirrhose en phase terminale]; son renvoi en C\_\_\_\_\_ aggraverait sans doute son état de santé;
  - il risquait d'être persécuté en C\_\_\_\_\_, ce qui aurait assurément des conséquences sur son état de santé déjà extrêmement fragile;

- il conclut ainsi à l'annulation de la décision de non-report d'expulsion judiciaire et à ce que dite expulsion soit déclarée inexécutable, subsidiairement à son report;
- il sollicite également, à titre préalable, la restitution de l'effet suspensif, eu égard à son départ de Suisse fixé au 26 novembre prochain.

**Considérant en droit que :**

- l'autorité compétente pour le report de l'exécution de l'expulsion judiciaire est désignée par le droit cantonal (Message du Conseil fédéral relatif à la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst., FF 2013 5403; M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, n. 2 ad art. 66d);
- à Genève, cette compétence a été attribuée à l'OCPM (art. 18 al. 1 du règlement sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes, REPPL; E 4 55.05);
- aucune base légale de droit cantonal, et notamment pas l'art. 40 ou 42 al. 1 let. a LaCP, n'a clairement institué la Chambre de céans comme instance de recours contre les décisions de l'OCPM prises sur le fondement de l'art. 66d CP;
- il est de fait que la décision attaquée émane d'une autorité administrative, exerçant la police des étrangers (cf. art. 1 al. 1, 2 al. 1 et 3 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers, LaLÉtr; F 2 10);
- par ailleurs, l'ajournement d'une expulsion ne modifie pas en tant que telle la mesure précédemment prononcée par le juge, puisqu'il n'en suspend que l'exécution forcée et que l'expulsion n'est plus annulable une fois entrée en force (Message précité, FF 2013 5402);
- qui plus est, l'examen judiciaire d'une décision de cette nature s'opère essentiellement sous l'angle de la conformité avec le principe du non-refoulement (*op. cit.* p. 5406);
- ce principe, ancré à l'art. 33 de la Convention relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30) et à l'art. 5 al. 1 de la loi sur l'asile (LAsi; RS 142.31), ne relève pas typiquement du pouvoir d'examen d'une autorité de recours pénale;
- si le juge du fond amené à prononcer l'expulsion pénale semble devoir, le cas échéant, examiner la question à titre préjudiciel (ATF 115 IV 105 consid. 4e p. 113), il apparaît, en revanche, que la confier – au stade du recours contre sa mise en œuvre – à une autre autorité de recours que celle normalement compétente en matière de renvois comporte les risques clairement identifiés par le Tribunal fédéral en matière d'asile ("*Aus*

*prinzipiellen und aus praktischen Gründen erscheint es weder notwendig noch zweckmässig, dass der Strafrichter sich mit der ihm nicht vertrauten Problematik des Asyl- und Flüchtlingsrechts auseinandersetzt. Die Beurteilung solcher Fragen würde die Gefahr von Widersprüchen zu bereits getroffenen Entscheidungen der zuständigen Asylbehörden mit sich bringen", ATF 111 IV 12 consid. 2c p. 14);*

- en outre, comme le relève le Message (p. 5402), il peut aussi arriver que le report soit dû à des "*obstacles techniques (par ex. le refus des autorités du pays d'origine d'établir des documents de voyage)*", formulation rappelant celle utilisée à l'art. 69 al. 3 LÉtr ("*l'autorité compétente peut reporter l'exécution du renvoi ou de l'expulsion pour une période appropriée lorsque des circonstances particulières telles que des problèmes de santé de la personne concernée ou l'absence de moyens de transport le justifient*"), qui énonce des motifs "*d'ordre technique*" (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1195/2012 du 7 décembre 2012 consid. 6.2.) et dont l'application relève sans conteste de la police des étrangers;
- il s'avère ainsi que la décision attaquée est une décision en matière de police des étrangers, et non pas d'exécution d'une mesure pénale, au sens de l'art. 5 al. 2 let. i LaCP, vu les conditions auxquelles un report peut être accordé et qui ressortent à l'évidence du premier domaine;
- partant, et nonobstant la mention de la voie de recours à la Chambre pénale de recours, celle-ci n'est pas compétente, ce qu'elle avait déjà constaté dans un précédent arrêt (ACPR/771/2017 du 9 novembre 2017);
- le présent arrêt rend sans objet la demande de restitution de l'effet suspensif;
- il sera statué sans frais.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR :**

Déclare le recours irrecevable.

Laisse les frais de la procédure à la charge de l'État.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, préalablement par fax, au recourant (soit, pour lui, son défenseur) et à l'Office cantonal de la population et des migrations.

**Siégeant :**

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

Le greffier :

Julien CASEYS

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).*