REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/83/2022 **ACPR/60/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 23 janvier 2023

Entre

A_____, actuellement détenu à l'établissement fermé de B_____, _____, comparant par M^e^ C_____, avocat,

recourant,

contre la décision rendue le 2 novembre 2022 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.

Vu :

- Le jugement rendu le 22 juillet 2022 par le Tribunal pénal ayant, notamment, condamné A_____ à l'expulsion du territoire pour une durée de dix ans;

- la décision de non-report de l'expulsion judiciaire de A_____, rendue le 2 novembre 2022 par l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) et notifiée le lendemain;

- le recours expédié le 14 novembre 2022 par A_____ contre cette décision;

- l'arrêt rendu le 15 décembre 2022 par la Chambre pénale d'appel et de révision (AARP/373/2022), notifié le 20 suivant.

Attendu que :

- invité par l'OCPM à exercer son droit d'être entendu avant la mise en œuvre de la mesure litigieuse, A_____ n'a pas réagi;

- dans la décision querellée, l'OCPM retient que l'expulsion de A_____ est admissible et qu'il doit y être procédé nonobstant recours;

- par pli du 10 novembre 2022 à l'OCPM, A_____ a excipé de l'appel qu'il avait interjeté contre le jugement du tribunal de première instance – produisant sa convocation aux débats d'appel, fixés au 28 novembre 2022 – et a demandé l'annulation de la décision du 2 précédent;

- il ne ressort pas du dossier remis à la Chambre de céans que l'OCPM aurait réagi;

- dans son recours, A_____ conclut principalement au constat de la nullité de la décision prise par l'OCPM, subsidiairement à l'annulation de cette dernière;

- le Ministère public a fait savoir qu'il s'en remettait à justice;

- l'OCPM n'a pas pris position.

Considérant en droit que :

- conformément à l'art. 128 al. 2 let. a et al. 3 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05), la Chambre de céans exerce les compétences que le CPP et la loi d'application du Code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009 (LaCP; RS E 4 10) lui attribuent;

- en vertu de la délégation figurant à l'art. 439 CPP, le législateur genevois a attribué à la Chambre pénale de recours la compétence de statuer sur les recours dirigés contre les décisions de l'OCPM se prononçant sur le report de l'exécution de l'expulsion au sens de l'art. 66*d* CP (art. 18 al. 1 du règlement genevois sur l'exécution des peines et mesures, REPM; RS E 4 55.05 ; art. 40 al. 1 et 5 al. 2 let. c LaCP);

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

- selon la jurisprudence, constante, la nullité absolue ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou du moins facilement décelables et pour autant que sa constatation ne mette pas sérieusement en danger la sécurité du droit (ATF 147 IV 93 consid. 1.4.4 ; 147 III 226 consid. 3.1.2 ; 146 I 172 consid. 7.6 ; 145 IV 197 consid. 1.3.2 ; 145 III 436 consid. 4 ; 144 IV 362 consid. 1.4.3 ; 138 II 501 consid. 3.1; 138 III 49 consid. 4.4.3 ; 137 I 273 consid. 3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_684/2021 du 22 juin 2022 consid. 1.4.2 destiné à la publication, 6B_192/2021 du 27 septembre 2021 consid. 2.2 et 6B_692/2017 du 13 avril 2018 consid. 2);

- sauf dans les cas expressément prévus par la loi, il ne faut admettre la nullité qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire;

- par ailleurs, selon un principe général du droit, ne peut être exécutée qu'une décision entrée en force (cf. art. 437 s. CPP ; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse,* 2e éd., Bâle 2019, n. 44 ad art. 437);

- en l'espèce, tel n'était pas le cas de la décision d'expulsion que l'autorité administrative intimée entendait ne pas différer;

- la procédure d'appel confère, en effet, de plein droit un effet suspensif aux points contestés des décisions rendues par le tribunal de première instance (art. 402 CPP), et le recourant avait en particulier fait porter son appel sur l'expulsion judiciaire;

- la conclusion subsidiaire du recours s'avère par conséquent bien-fondée, indépendamment du rejet de l'appel le 15 décembre 2022;

- la décision attaquée sera annulée;

- les frais seront laissés à la charge de l'État;

- le recourant, qui a gain de cause, réclame, relevé d'activité à l'appui, une indemnité de CHF 969,31 TTC pour deux heures d'activité de son défenseur;

- cette indemnité, qui apparaît conforme à la difficulté de la cause et au tarif admis par la Cour pénale, sera allouée.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

Admet le recours et annule la décision attaquée.

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

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 969.31 TTC pour ses frais de défense.

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

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).