REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/85/2019 **ACPR/157/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 10 mars 2021

Entre

A_____, actuellement détenu à la prison B_____, chemin _____ [GE], comparant en personne,

recourant,

contre la décision rendue le 29 novembre 2019 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 9 décembre 2019, expédié au greffe de la Chambre de céans depuis la prison B_____ le 11 décembre 2019, 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 29 novembre 2019, notifiée le lendemain.

Le recourant conclut préalablement à être dispensé de l'avance de frais et à ce que son renvoi soit suspendu *"compte tenu notamment de mon état de santé"*. Principalement, il conclut à l'annulation de la décision précitée ainsi qu'à son audition *"afin que vous puissiez «de visu» vous faire une idée de tout ce qui est mentionné dans mon recours"* et celle du Dr E_____ des HUG *"afin qu'il explique le risque sur ma santé de manière plus précise si je devais interrompre mon traitement"*.

b. Par ordonnance du 17 décembre 2019 (OCPR/66/2019), la Direction de la procédure de la Chambre de céans a accordé l'effet suspensif au recours.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par jugement du 27 juin 2019, aujourd'hui définitif et exécutoire, le Tribunal de police a déclaré A_____ coupable de vol, dommages à la propriété, entrée illégale, séjour illégal, exercice d'une activité lucrative sans autorisation et non-respect d'une assignation à un lieu de résidence ou d'une interdiction de pénétrer dans une région déterminée. Il l'a condamné à une peine privative de liberté de 8 mois, sous déduction de 63 jours de détention avant jugement, peine partiellement complémentaire à celles prononcées le 25 avril 2017 par le Ministère public de Neuchâtel et le 5 mars 2019 par le Ministère public de Genève.

Il a en outre ordonné son expulsion judiciaire du territoire suisse (art. 66*a*^{bis} CP) pour une durée de 3 ans.

À cet égard, le Tribunal de police a constaté ceci (consid. 3.2.1) :

"(...) Le prévenu séjourne depuis seize ou dix-sept ans essentiellement en Suisse, étant toutefois relevé que sur cette période, il a passé en détention une durée totale d'environ deux ans. Ses relations avec sa fille âgée de douze ans paraissent pour le moins ténues, puisqu'il n'habite pas avec elle et ne la voit qu'occasionnellement, sans compter qu'aucune pièce du dossier ne vient attester l'existence et la nature de ces relations.

Le Tribunal ne peut que douter de la vie commune que le prévenu dit avoir partagée avec son ex-compagne et leur fille durant sept ans, ce d'autant qu'il dit lui-même ne pas avoir obtenu d'autorisation de séjour faute de résider au domicile familial et avoir entretenu une relation intime avec la mère de sa fille durant trois ans seulement.

À cela s'ajoute que les déclarations du prévenu quant à l'exercice de son droit de visite ont été fluctuantes au cours de la procédure. Même si le long laps de temps écoulé depuis sa dernière rencontre avec sa fille était prétendument exceptionnel, il n'en demeure pas moins qu'il lui arrive de ne pas voir sa fille durant des périodes prolongées d'un mois. Il n'est en outre pas établi qu'il participerait encore financièrement à l'entretien de celle-ci. Le Tribunal qualifie dès lors ses contacts avec sa fille de ponctuels. De tels contacts ne seraient pas assimilables à une vie de famille ne pouvant être maintenue ailleurs qu'en Suisse. Rien n'indique donc qu'il ne pourrait continuer à voir sa fille s'il devait retourner dans son pays d'origine ou s'établir en France, où il indique passer du temps et où résident certains membres de sa famille.

S'agissant de son entourage, le prévenu n'a pas prétendu et encore moins démontré avoir développé en Suisse un cercle social particulier, ni y exercer d'autres activités dénotant une intégration à la vie locale.

S'agissant de la maladie chronique dont il souffre, il sera relevé que le suivi médical obtenu à Genève ne paraît pas indispensable à sa survie et que ses problèmes de santé actuels ne l'empêchent pas de commettre des infractions. S'il ressort des pièces médicales produites que les douleurs et la limitation physique dont il souffre sont susceptibles d'entraîner une incapacité de travail, cela est finalement dénué de pertinence, dès lors qu'il n'a que de très faibles perspectives d'intégration professionnelle. Il ne ressort par ailleurs pas de la procédure qu'il ne pourrait pas bénéficier d'un suivi médical approprié dans un autre pays. S'il ne pourra vraisemblablement pas bénéficier du traitement biologique très onéreux préconisé par son médecin dans son pays d'origine, force est de constater qu'il n'aura pas plus de chances d'en bénéficier en Suisse, étant donné qu'il ne dispose d'aucune couverture d'assurance maladie dans ce pays et que, comme il l'a lui-même indiqué lors de l'audience de jugement, il n'y a en l'état aucune prise en charge financière en perspective.

Ainsi, la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux du prévenu avec la Suisse est très faible, voire inexistante, malgré une importante durée de son séjour dans ce pays.

Quant aux liens que l'intéressé conserve avec son pays d'origine, l'Algérie, ou avec la Tunisie, pays dont il dit avoir aussi la nationalité, ils ne paraissent pas si faibles,

dès lors qu'il a grandi et vécu pendant au moins 15 ans en Algérie et qu'il a une sœur qui vit en Tunisie.

En définitive, compte tenu du nombre important d'antécédents et de son intégration inexistante en Suisse, le Tribunal considère que l'intérêt public à l'éloignement du prévenu l'emporte sur son intérêt personnel à demeurer en Suisse."

b. Le 15 novembre 2019, 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.

c. Dans ses observations du 19 suivant, le précité s'est opposé à son expulsion vers la Tunisie. Sa première demande d'asile avait été déposée en Italie, de sorte que c'était vers ce pays qu'il fallait l'expulser, conformément aux accords de C_____.

d. À teneur du dossier, A_____ avait été reconnu par les autorités tunisiennes et renvoyé par deux fois dans ce pays, en 2008 et 2012. Son renvoi vers un État *"C_____"* était exclu.

C. Dans sa décision, l'OCPM a refusé le report de l'expulsion judiciaire prononcée le 27 juin 2019 à l'encontre de A_____. Les résultats obtenus dans la base de donné F_____ avaient été négatifs. Il n'existait donc aucun obstacle à l'exécution de son expulsion à destination de la Tunisie.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ allègue souffrir d'une spondylarthrite ankylosante nécessitant un traitement adéquat. Son médecin lui avait indiqué qu'il était peu probable qu'il puisse en bénéficier en Tunisie. Quand bien même, il était sans ressources ni n'avait de liens avec son pays d'origine. En outre, un renvoi rendrait ses contacts avec sa fille impossibles vu sa situation précaire.

b. 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; sa vie ou sa liberté n'étaient pas menacées par l'exécution de son expulsion dans son pays d'origine. Sa maladie n'était pas d'une gravité telle que la probabilité qu'il ne puisse pas bénéficier d'un traitement *ad hoc* en Tunisie, au vu de son coût, ait des conséquences létales. Son argumentation relative à sa fille ne saurait par ailleurs être prise en compte à ce stade, eu égard à l'examen approfondi de son cas par le Tribunal de police. Enfin, il n'y avait aucun obstacle à son renvoi vers la Tunisie, ce pays l'ayant reconnu et étant disposé à délivrer un laissez-passer. Le recours était dilatoire, l'intéressé cherchant par tous les moyens à se soustraire à son expulsion, preuve en était que depuis sa sortie de prison, le 22 février 2020, il n'avait respecté ni l'assignation à résidence dans la commune de D_____ ni l'injonction faite de se présenter à la police une fois par semaine.

c. Dans ses observations du 21 décembre 2020, le Ministère public conclut au rejet du recours. Les questions relatives à la vie familiale du recourant avaient déjà été définitivement tranchées et ne pouvaient pas être examinées à ce stade de la procédure. Le Tribunal fédéral avait en outre déjà jugé que le système sanitaire tunisien était apte à fournir les soins nécessaires et ne justifiait ainsi pas un report de l'expulsion (cf. arrêt 2C_411/2015 du 24 juin 2015).

d. Le recourant n'a pas répliqué.

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 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 30 novembre 2019, de sorte que le délai pour recourir arrivait à échéance le 10 décembre suivant. Expédié par la poste le lendemain, le recours est *a priori* tardif.

On ignore toutefois à quelle date la remise de l'acte au greffe de la prison B_____, qui l'a ensuite posté, a eu lieu. La question de la recevabilité du recours, sous cet angle, peut, quoi qu'il en soit, rester ouverte, vu ce qui suit.

2. Le recourant souhaite être auditionné par la Chambre de céans pour expliciter son recours.

Il s'est exprimé par écrit devant l'OCPM. Partant, son droit d'être entendu a été respecté et on ne voit pas à quel titre il devrait être entendu une nouvelle fois.

Par ailleurs, il est communément admis en procédure que la motivation d'un recours doit être entièrement contenue dans l'acte de recours lui-même; elle ne saurait dès lors être complétée ou corrigée ultérieurement (arrêts du Tribunal fédéral 1B_363/2014 du 7 janvier 2015 consid. 2.1 ; 6B_688/2013 du 28 octobre 2013 consid. 4.2 et les références), encore moins oralement.

3. Le recourant souhaite non pas le report mais la renonciation de son expulsion vers la Tunisie.

Or, il est établi que la mesure d'expulsion judiciaire qui le frappe est définitive et exécutoire.

3.1. 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.

3.2.1. 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 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).

3.2.2. 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).

3.3. 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).

3.4. En l'espèce, le recourant s'oppose à son expulsion pour des motifs liés à sa maladie et à ses liens avec sa fille.

Or, dans son jugement, le Tribunal de police a statué, s'agissant de ces derniers, qu'ils étaient ponctuels et que de tels contacts – qui n'étaient pas assimilables à une vie de famille ne pouvant être maintenue ailleurs qu'en Suisse – pourraient continuer si l'intéressé devait retourner dans son pays d'origine. Sous l'angle médical, il a également relevé que le suivi médical obtenu à Genève ne paraissait pas indispensable à sa survie et que rien n'indiquait qu'il ne pourrait pas bénéficier d'un traitement approprié dans un autre pays.

Le recourant ne saurait ainsi aujourd'hui, au détour de sa contestation de l'exécution de son expulsion, faire réexaminer ces questions, qui sont définitivement tranchées.

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). L'avis contraire de son médecin n'y change donc rien, de sorte que son audition est inutile. Que le recourant considère

n'avoir pas les ressources financières pour recevoir les soins nécessaires en Tunisie n'est enfin pas démontré.

Le recourant a, devant l'OCPM, sollicité son renvoi vers l'Italie. Il ne revient pas là-dessus dans son recours. Son renvoi vers un État *"C_____"* est de toute manière exclu à teneur du dossier. Sa nationalité tunisienne est également établie. La Tunisie l'a reconnu comme étant l'un de ses ressortissants et est disposée à lui délivrer un laissez-passer, de sorte qu'il n'y a aucun obstacle matériel à son renvoi dans ce pays.

Enfin, le recourant ne prétend pas que son renvoi vers la Tunisie l'exposerait à des persécutions ou à d'autres traitements inhumains ou dégradants.

Son renvoi ou son expulsion n'étant pas impossible, le recourant ne peut continuer à séjourner en Suisse. La mesure n'avait pas à être différée. L'OCPM a statué à bon droit.

4. Justifiée, la décision querellée sera donc confirmée.

5. 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, 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/85/2019 **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	10.00
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	**885.00**