



POUVOIR JUDICIAIRE

PS/22/2022

ACPR/516/2022

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 2 août 2022

Entre

A _____, domicilié _____[GE], comparant par M^e B _____, avocat, _____, Genève,

recourant,

contre la décision rendue le 31 mars 2022 par l'Office cantonal de la population et des migrations,

et

L'OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS, Service protection, asile et retour, route de Chancy 90, 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 le 11 avril 2022, 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 31 mars 2022 et notifiée le même jour.

Le requérant demande préalablement la restitution de l'effet suspensif et à être mis au bénéfice de l'assistance juridique, avec la désignation de M^e B_____ comme défenseur d'office pour la procédure de recours.

Principalement, il conclut à l'annulation de l'ordonnance querellée, au report de son expulsion et à ce que l'OCPM se voie ordonner "*de procéder à toutes les démarches utiles et nécessaires auprès des autorités compétentes en vue de [son] admission provisoire et de la délivrance d'un permis F en conséquence*".

- b.** Par ordonnance du 13 avril 2022 (OCPR/21/2022), la Direction de la procédure a accordé l'effet suspensif au recours.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____, né en Gambie le _____ 1999, a quitté ce pays en 2018 pour rejoindre l'Italie, où il a reçu un permis de séjour "*Cas spéciaux*" ("*Casi Speciali*"), arrivé à échéance le 6 août 2020.

b. Par jugement du 28 mars 2022, le Tribunal de police l'a déclaré coupable de dommages à la propriété, violation de domicile, vol, séjour illégal et contravention à la LStup. Il l'a condamné à une peine privative de liberté de quatre mois, sous déduction de quatre-vingt-cinq jours de détention avant jugement et à une amende de CHF 100.-.

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

- c.** De la procédure, il ressort notamment que:

- A_____ allègue être venu en Suisse aux alentours de 2018. Il avait déposé une demande d'asile, laquelle a été refusée. Il n'a ni femme ni enfant, sa famille se trouvant en Gambie.

- un homme ayant hébergé A_____ a déclaré à la police avoir été son "*petit ami la dernière semaine [qu'ils] étai[en]t ensemble*";

- au moment de faire valoir son droit d'être entendu sur la mesure d'expulsion, A_____ s'est dit "*d'accord avec le jugement d'expulsion de Suisse*" mais qu'il préférerait retourner en Italie. Il n'était "*pas bien traité en Gambie*".

- C. Dans la décision attaquée, l'OCPM considère qu'il n'existe aucun obstacle à l'exécution de l'expulsion d'A_____ à destination de la Gambie.
- D. a. Dans son recours, A_____ exprime son homosexualité et fait valoir que cette orientation sexuelle, qui n'avait pas été prise en compte par l'OCPM, l'exposerait à des persécutions en cas de retour en Gambie et qu'il risquerait d'y subir des traitements dégradants. Son renvoi serait ainsi contraire à l'art. 3 CEDH, la Suisse ayant déjà été condamnée pour avoir renvoyé dans son pays un ressortissant gambien homosexuel (Affaire B et C c. Suisse, requêtes n^{os} 889/19 et 43987/16) et à l'art. 66d al. 1 let. b CP. L'application de l'art. 83 al. 1 LEI appelait en outre son admission provisoire, dès lors que son expulsion n'était pas possible. À choisir, il préférerait retourner en Italie pour y trouver du travail.

À l'appui de son recours, A_____ a produit une attestation signée de sa main le 7 avril 2022 où il déclare être homosexuel et que pour cette seule raison, son intégrité physique, voire sa vie, étaient menacées en cas de retour en Gambie. Il fournit également un rapport du Secrétariat d'État aux migrations (ci-après: SEM) du 21 mai 2021, portant sur la situation des "*personnes LGB*" en Gambie. Ledit rapport retient en synthèse que:

"Les lois criminalisant l'homosexualité [...] sont toujours en vigueur [...].

Depuis l'arrivée au pouvoir de l'actuel _____ [statut politique] C_____ en janvier, les autorités gambiennes n'avaient plus engagé de poursuites envers des personnes LGB en raison de leur orientation sexuelle. Cependant, en novembre 2020, un journal en ligne gambien a fait état d'une procédure judiciaire en cours contre un ressortissant sénégalais accusé d'avoir tenté d'avoir des relations « contre nature » avec un autre homme. [...]

La situation des personnes LGB en Gambie ne peut être généralisée et peut être perçue de différentes manières. Selon les informations collectées, les personnes LGB n'osent généralement pas s'adresser à la police. En effet, sous le régime Jammeh ouvertement hostile aux LGB, les forces de l'ordre et de sécurité ont fait partie du système d'oppression. Les membres de ces forces étant restés sensiblement les mêmes sous l'actuel gouvernement, les personnes LGB craignent des tentatives d'extorsion ou des abus de la part des agents de police. Selon plusieurs sources, ces pratiques ont encore cours.

Sur le plan de l'accès à la justice, les personnes LGB, comme toute personne résidant en Gambie, peuvent porter plainte auprès de la National Human Rights Commission (NHRC) en cas de violation de leurs droits. Celle-ci a les pouvoirs d'une haute cour et s'est exprimée en faveur de la protection des droits humains des personnes LGBTI.

Le quotidien des personnes LGB, qui peut différer selon les situations individuelles, reste difficile à appréhender. Les sources sont rares et lacunaires et ne permettent pas une lecture différenciée. Par ailleurs, les facteurs individuels et spécifiques au contexte gambien pouvant éventuellement influencer l'attitude de la société à l'encontre des LGB et les stratégies d'adaptation de ces derniers n'ont pas été étudiés.

Selon les informations collectées, pour les personnes qui sont « étiquetées » LGB, l'accès à l'emploi, au logement et aux soins peut être compliqué. De plus, certaines sont victimes de violences, souvent de la part de membres de leur famille ou de connaissances. Ces violences sont rarement signalées. Lorsqu'ils se sentent trop en danger en Gambie, certains HSH [homme ayant des relations sexuelles avec des hommes] se réfugient temporairement au Sénégal.

Cependant, il existe certains espaces où les jeunes HSH sont appréciés, notamment comme animateurs d'évènements. Il semble que ces jeunes reçoivent la protection de femmes influentes en échange de faveurs sexuelles".

b. Par ses observations, l'OCPM soutient que l'examen du report d'une expulsion facultative s'effectuait non pas aux conditions de l'art. 66d CP mais selon celles de l'art. 83 al. 2 à 4 LEI. Le rapport du SEM donnait une image contrastée de la situation des personnes LGB en Gambie. Les relations homosexuelles ne faisaient généralement pas l'objet de poursuites judiciaires et la Haute Cour de Gambie, favorable aux droits LGBTI, restait accessible pour les personnes concernées. Il y avait en outre certains espaces où les homosexuels étaient appréciés. A_____ n'avait pas fourni des explications plus précises sur les risques qu'il encourait, lesquels restaient donc abstraits et ne justifiaient dès lors pas le report de son expulsion au sens de l'art. 83 al. 3 et 4 LEI.

c. Pour le Ministère public, le rapport du SEM ne démontrait pas que les personnes LGB étaient dans une situation de détresse grave mettant en péril leur existence. Par conséquent, l'homosexualité d'A_____ ne constituait pas un motif permettant de renoncer à l'exécution de son expulsion.

EN DROIT :

1. **1.1.** 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 rendues par le Département de la sécurité, de la population et de la santé, ses offices et ses services, les art. 379 à 397 CPP s'appliquant par analogie (art. 42 al. 1 let. a LaCP).

En l'espèce, le recours est recevable pour être dirigé contre une décision rendue par l'OCPM (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), avoir été déposé dans la forme et le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) et émaner du condamné visé par la décision querellée, qui a *a priori* un intérêt juridiquement protégé à son annulation (art. 382 al. 1 CPP).

2. Les pièces produites à l'appui du recours sont également recevables, la jurisprudence admettant la production de faits et de moyens de preuve nouveaux devant l'instance de recours au moment du dépôt du recours, que le recourant ait été en mesure de les produire en première instance ou non (arrêts du Tribunal fédéral 1B_368/2014 du 5 février 2015, consid. 3.1 et 3.2 et 1B_768/2012 du 15 janvier 2013, consid. 2.1).

3. **3.1.** L'art. 66a^{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. 66a, 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 CP.

3.2. Selon l'art. 66d 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 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). L'annexe 2 de l'OA 1 dresse la liste des pays exempts de persécution, parmi lesquels ne figurent pas la Gambie.

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.

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 (art. 83 al. 3 LEI). 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, *Manuel Asile et retour, Article E3 - Le renvoi, l'exécution du renvoi et l'octroi de l'admission provisoire*, 2019, 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 ; art. 83 al. 4 LEI). 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. Des personnes présentant certaines caractéristiques peuvent, en cas de retour dans le pays d'origine ou de provenance, être particulièrement vulnérables (groupe vulnérable) et donc nécessiter un besoin de protection subsidiaire plus élevé. Il en va ainsi des personnes LGBTI notamment. Lors de l'examen de l'exigibilité du renvoi de personnes vulnérables, il y a lieu de tenir compte des particularités du pays et de leur situation personnelle (SEM, *op. cit.*, p. 13 ss).

3.4. Selon l'art. 3 CEDH, nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Dans son arrêt B et C c. Suisse du 17 novembre 2020 (requêtes n^{os} 889/19 et 43987/16), la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: CourEDH) a considéré que l'incrimination des pratiques homosexuelles ne suffisait pas à rendre une décision de renvoi contraire à la CEDH. Le risque concret que ces lois soient effectivement appliquées était déterminant. S'agissant de la Gambie, la Cour a retenu que ce risque était nul, bien que la loi criminalisant les actes homosexuels demeurait en vigueur. En revanche, le climat au sein du pays restait fortement homophobe et des actes de persécution restaient possibles, au travers d'actes individuels de la part de policiers "véreux" ("*rogue officers*") ou d'acteurs non étatiques.

Enfin, la Cour a retenu que les autorités suisses n'avaient suffisamment apprécié ni les risques de mauvais traitements auxquels le requérant se trouverait exposé en cas de renvoi vers la Gambie, ni le degré de protection que l'état gambien lui offrirait contre tout risque de mauvais traitements aux mains d'acteurs non étatiques. Le renvoi du requérant emportait donc une violation de l'art. 3 CEDH.

3.5. En l'espèce, la portée de l'arrêt de la CourEDH précité n'est pas celle que lui prête le recourant. Il ne permet pas de conclure que l'expulsion d'un ressortissant gambien homosexuel est systématiquement contraire à la CEDH, mais requiert que les autorités suisses tiennent compte de l'orientation sexuelle de l'intéressé pour déterminer s'il s'expose à des persécutions dans son pays d'origine et si le gouvernement de celui-ci est apte et enclin à lui offrir une protection contre ces dangers.

En l'occurrence, ni le Tribunal de police, au moment de rendre son jugement prononçant l'expulsion facultative du recourant, ni le SAPEM au moment d'exécuter cette décision, n'ont considéré l'homosexualité alléguée du recourant.

On ne saurait cependant leur reprocher, puisque l'évocation, par un tiers au détour d'une audition, d'une brève relation d'une semaine était insuffisante pour établir l'orientation sexuelle du recourant, qui n'avait ni confirmé ni infirmé cette information. Ce dernier mentionne ainsi son homosexualité pour la première fois devant la Chambre de céans. Dès lors, les autorités intimées n'avaient aucun motif pour considérer cette circonstance au moment de statuer sur l'expulsion. En cela, la situation du recourant diffère de l'arrêt dont il se prévaut, le privant d'en tirer un argument sur une violation de l'art. 3 CEDH.

Cela étant, l'homosexualité du recourant est désormais invoquée et les autorités intimées ont eu l'occasion, en réponse au recours, de se déterminer sur la licéité de l'expulsion, qu'elles valident.

Là encore, il y a lieu de leur donner raison.

Le recourant s'oppose à l'exécution de son expulsion au motif que son renvoi vers la Gambie l'exposerait à des persécutions en raison de son orientation sexuelle.

Tout d'abord, le recourant n'a pas fait appel du jugement prononçant son expulsion, qu'il a ainsi acceptée sur le principe. Il a uniquement fait savoir qu'il préférerait retourner en Italie plus qu'en Gambie, où il n'était "*pas bien traité*", sans donner plus de détails sur la nature ou les raisons de ces mauvais traitements. Il argumente aujourd'hui que son orientation sexuelle l'exposerait à des atteintes à sa personne en cas de retour en Gambie. Il n'allègue cependant pas avoir effectivement subi des

persécutions par le passé, étant rappelé qu'il a passé environ dix-neuf ans de sa vie dans son pays d'origine et que sa famille s'y trouve toujours.

Il n'y a donc pas – *a priori* – de raisons de penser que l'expulsion du recourant l'exposerait à un grave danger en raison de son homosexualité alléguée. Cela rejoint d'ailleurs l'avis de la CourEDH, qui a certes constaté que des lois criminalisant l'homosexualité étaient toujours en vigueur en Gambie, mais que leur application se révélait quasi inexistante.

Reste le risque – reconnu par la CourEDH – que le recourant se retrouve persécuté par des acteurs individuels, compte tenu du climat homophobe qui semble persister en Gambie. À ce propos, les autorités intimées ont constaté, en se fondant sur le rapport du SEM, que la situation locale était contrastée, certains lieux accueillant favorablement les membres de la communauté LGB. Elles ont également souligné que la Haute Cour de Gambie offrait à ces personnes un moyen de faire valoir leurs droits, s'étant favorablement prononcée pour leur défense.

Ce faisant, les autorités intimées se sont déterminées sur les risques auxquels s'exposerait le recourant en cas de retour dans son pays et la protection étatique dont il pourrait bénéficier contre ces dangers. Elles ont, en définitive, considéré que l'expulsion ne présentait pas de menace, au sens de l'art. 66d al. 1 CP, sans que le recourant ne parvienne à démontrer le contraire.

Partant, en refusant de retarder l'expulsion, l'OCPM a statué à bon droit.

Un éventuel renvoi en Italie n'a pas lieu d'être examiné, d'abord car le recourant n'a pas pris de conclusion formelle en ce sens et qu'en tout état, ce renvoi est exclu dans la mesure où son permis "*Casi speciali*" est échu et où il ne démontre pas l'avoir renouvelé. Il est également exclu de considérer, compte tenu de ce qui précède, une admission provisoire du recourant.

4. Justifiée, la décision attaquée sera donc confirmée.
5. En tant qu'il succombe, le recourant supportera les frais de la procédure, fixés en totalité à CHF 200.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).
6. Le recourant sollicite l'assistance d'un avocat pour la procédure de recours.

6.1. Conformément à l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire gratuite, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès; elle a droit en outre à l'assistance judiciaire gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le

requiert (arrêt du Tribunal fédéral 1B_74/2013 du 9 avril 2013 consid. 2.1 avec référence aux ATF 128 I 225 consid. 2.5.2 p. 232 s. = JdT 2006 IV 47; 120 Ia 43 consid. 2a p. 44).

6.2. En l'espèce, il peut être supposé que le recourant est indigent, compte tenu de sa situation personnelle. En outre, la cause présentait une certaine complexité de par les notions juridiques concernées et compte tenu de l'argumentation développée devant l'instance de recours.

Dans ces circonstances, la désignation d'un défenseur d'office devant l'instance de recours apparaît nécessaire. Le recourant en sera ainsi pourvu en la personne de l'avocat par lequel il procède déjà (art. 133 al. 2 CPP).

- 7.** Le recourant n'a toutefois pas chiffré ni, *a fortiori*, détaillé l'activité de son conseil pour la procédure par-devant la Chambre de céans.

Compte tenu de son recours d'onze pages, dont une page de garde et une autre de conclusion et dont la moitié seulement concerne l'exposé en droit, une indemnité *ex aequo et bono* de CHF 500.-, TVA à 7.7% comprise, sera allouée à M^e B_____ et mise à la charge de l'État.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Met A_____ au bénéfice de la défense d'office pour la procédure de recours et désigne M^e B_____ à ce titre.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 200.-.

Alloue à M^e B_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 500.- TTC.

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

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Mesdames Daniela CHIABUDINI et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Olivia SOBRINO, greffière.

La greffière :

Olivia SOBRINO

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).

PS/22/2022

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	115.00
-	CHF	

Total	CHF	200.00
--------------	-----	---------------