



POUVOIR JUDICIAIRE

PS/42/2024

ACPR/608/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 19 août 2024

Entre

A _____, représentée par M^e Olivier FAIVRE, avocat, FAIVRE & Associés, rue de la Rôtisserie 2, Case postale 3809, 1211 Genève 3,

recourante,

contre la décision rendue le 17 mai 2024 par l'Office cantonal de la population et des migrations,

et

L'OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS, case postale 2652, 1211 Genève 3,

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.** Par acte expédié le 30 mai 2024, A_____ recourt contre la décision de constat de départ de la Suisse prononcée par l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) le 17 mai 2024, notifiée le 21 suivant.

La recourante conclut à l'octroi de l'assistance juridique, à l'annulation de la décision entreprise, à la constatation qu'aucune décision d'exécution de la mesure d'expulsion judiciaire n'a été rendue et à la constatation qu'elle est autorisée à séjourner en Suisse dans l'attente d'une exécution de l'expulsion.

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

a. Par arrêt du 30 juin 2020 rendu par la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice (ci-après : CPAR), aujourd'hui définitif et exécutoire, A_____ a été reconnue coupable d'obtention frauduleuse de prestations sociales (art. 31 al. 1 let. d LPC) et d'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale (art. 148a ch. 1 CP). Elle a été condamnée à une peine privative de liberté de sept mois avec sursis et une peine pécuniaire de 150 jours-amende avec sursis. Une expulsion de Suisse pour une durée de 5 ans a été prononcée (art. 66a al. 1 let. e CP). Elle a notamment été condamnée pour avoir touché des prestations sociales, alors qu'elle passait plus de moitié de son temps hors de Suisse. Sa situation personnelle a été arrêtée comme suit par les juges : "*A_____ est née le _____ 1959 à B_____ (Bosnie-Herzégovine) à la frontière croate et non loin de la frontière serbe, où résident encore sa mère et son frère. Elle est arrivée en 1983 en Suisse, où elle a rencontré son ex-mari, qu'elle a épousé la même année et avec lequel elle a eu deux enfants, qui vivent actuellement à C_____ [VD]. Ils ont divorcé en 2011. Elle a travaillé jusqu'en 2000 en qualité d'aide hospitalière, avant de s'arrêter en raison de problèmes de santé*".

b. Aucune mesure d'exécution forcée de cette décision d'expulsion n'a été mise en œuvre.

c. En date du 24 février 2024, la recourante a quitté la Suisse par la voie aérienne en direction de la Bosnie-Herzégovine.

d. Par courriel du 26 mars 2024, le conseil de la recourante a interpellé l'OCPM, en précisant que le départ de celle-ci pour quelques jours à l'étranger ne pouvait pas être considéré comme un départ volontaire et définitif de Suisse. Sa cliente souhaitait revenir en Suisse.

e. Par courriel du 28 mars 2024, l'OCPM a indiqué qu'un retour en Suisse n'était pas possible.

- f.** Par courrier du 28 mars 2024, la recourante a exigé une décision d'exécution de l'expulsion pénale.
- g.** Suite à plusieurs échanges de courriels, l'OCPM a annoncé qu'il rendrait une décision formelle.
- C.** Dans sa décision attaquée, l'OCPM constate que la recourante a quitté le territoire suisse le 24 février 2024 et que la mesure d'expulsion judiciaire prononcée à son encontre est dès lors considérée exécutée à cette date. Il refuse en outre que la recourante revienne sur le territoire suisse.
- D.**
- a.** Par écriture du 30 mai 2024, la recourante a contesté que son départ du 24 février 2024 pût être définitif, car elle disposait d'un billet de retour. Elle avait par ailleurs laissé toutes ses affaires personnelles en Suisse. Elle devait se rendre à des rendez-vous médicaux urgents en Suisse, car elle souffre d'ostéoporose grave. Elle ne produit toutefois aucun certificat médical, se limitant à transmettre un courriel [de l'hôpital] D_____ indiquant qu'elle avait manqué un rendez-vous. Elle précise que son traitement médical n'était pas approuvé en Bosnie-Herzégovine et ainsi pas remboursé par les assurances. Elle contestait la décision car elle n'avait jamais quitté volontairement la Suisse et l'exécution de ce renvoi la placerait dans une situation grave d'un point de vue médical.
- b.** Le Ministère public conclut au rejet du recours, se référant à la décision entreprise.
- c.** Le 14 juin 2024, l'OCPM a conclu au rejet du recours. La recourante faisait des allers-retours de longue date en Bosnie Elle pouvait se faire renvoyer ses affaires personnelles par des tiers. La problématique médicale avait déjà été examinée par la CPAR. Enfin, le Commentaire de l'ordonnance sur la mise en œuvre de l'expulsion pénale permettait explicitement le simple constat du départ de Suisse.
- d.** Par réplique du 25 juin 2024, la recourante a persisté dans ses conclusions. L'OCPM se fondait sur une enquête administrative de plus de cinq ans pour indiquer qu'elle faisait des allers-retours. Il s'agissait de données obsolètes. La Cour n'avait en outre pas examiné ses problèmes de santé.

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.

1.2. 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).

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

1.4. 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 de la condamnée visée par la décision querellée, qui a *a priori* un intérêt juridiquement protégé à son annulation (art. 382 al. 1 CPP).

- 2. 2.1.** 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).

Cette disposition réserve la possibilité d'un ultime contrôle, dans un cadre strictement délimité, afin d'éviter que l'expulsion entrée en force ne soit exécutée au mépris du principe de non-refoulement ou d'une autre règle impérative du droit international (ATF 147 IV 453 consid. 1.4.5 p. 460).

Il appartient au juge de l'expulsion d'examiner si les conditions de la clause dite "*de rigueur*" de l'art. 66a al. 2 CP sont réalisées et de renoncer à ordonner l'expulsion dans cette hypothèse. La loi ne définissant pas ce qui constitue une "*situation personnelle grave*", il convient de se référer aux critères qui président à l'octroi d'une autorisation de séjour dans les cas d'extrême gravité (cf. art. 31 OASA; ATF 144 IV 332 consid. 3.3.1 p. 340 s.). Le juge pénal doit ainsi notamment prendre en compte l'intégration de l'intéressé, le respect qu'il a manifesté de l'ordre juridique suisse, sa situation familiale, singulièrement la période de scolarisation et la durée de la scolarité des enfants, sa situation financière ainsi que sa volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation, la durée de sa présence en Suisse, son état de santé ainsi que ses possibilités de réintégration dans l'État de provenance. À cette liste non exhaustive s'ajoutent, dans l'optique pénale, les perspectives de réinsertion sociale du condamné (cf. ATF 144 IV 332 consid. 3.3.3 p. 341 s.). Par ailleurs, une situation personnelle grave, ou une violation de l'art. 8 CEDH, peut aussi résulter d'une expulsion ordonnée malgré un état de santé déficient, en fonction

des prestations médicales à disposition dans l'État d'origine et des conséquences négatives que cela peut engendrer pour la personne concernée (ATF 145 IV 455 consid. 9.1 p. 459). En règle générale, il convient d'admettre l'existence d'un cas de rigueur au sens de l'art. 66a al. 2 CP lorsque l'expulsion constituerait, pour l'intéressé, une ingérence d'une certaine importance dans son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par la Constitution fédérale (art. 13 Cst.) et par le droit international, en particulier l'art. 8 CEDH (arrêts du Tribunal fédéral 6B_818/2020 du 19 janvier 2021 consid. 6.1; 6B_397/2020 du 24 juillet 2020 consid. 6.1; 6B_344/2020 du 9 juillet 2020 consid. 3.1).

L'étranger qui se trouve sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne peut en principe revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un État afin de continuer à bénéficier de l'assistance et des services médicaux, sociaux ou autres fournis par l'État de renvoi. Une expulsion peut cependant violer l'art. 3 CEDH notamment s'il existe des motifs sérieux de croire que l'intéressé, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses, ou à une réduction significative de son espérance de vie (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1117/2018 du 11 janvier 2019, consid. 2.3.3).

Il en résulte ainsi que toutes les questions relatives à l'existence d'une situation personnelle grave, à une violation des garanties offertes par l'art. 8 CEDH, à une ingérence d'une certaine importance dans le droit du condamné au respect de sa vie privée et familiale garanti par la Constitution fédérale (art. 13 Cst.) et par le droit international, à une violation des garanties du droit international, notamment le principe de non-refoulement, ou encore au problème de la conformité de l'expulsion avec les obligations découlant de l'Accord sur la libre circulation des personnes ne peuvent en principe plus être soulevées dans le cadre d'une demande de report de l'expulsion au sens de l'art. 66d CP.

La personne dont la décision d'expulsion est entrée en force n'a, dans cette mesure, pas d'intérêt à recourir contre une simple décision de mise en œuvre de son expulsion (ATF 147 IV 453 consid. 1.4.6 p. 462).

L'appréciation d'un cas de rigueur supposant la prise en considération de nombreux facteurs susceptibles de se modifier plus ou moins rapidement (ex : l'état de santé, les relations personnelles ou la situation politique dans l'État de destination), tout intérêt juridique à contester le refus de son report n'est cependant pas exclu a priori. Il incombe au recourant, pour justifier son intérêt juridique au recours, de rendre vraisemblable au moins *prima facie* que les circonstances déterminantes se sont modifiées si profondément depuis le prononcé du jugement qu'il s'imposerait exceptionnellement de reconnaître l'existence de considérations humanitaires

impérieuses exigeant désormais de renoncer à exécuter l'expulsion (ATF 147 IV 453 consid. 1.4.8).

Lors de l'examen de l'exécution de l'expulsion obligatoire, l'autorité cantonale compétente doit tenir compte d'office des obstacles 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), étant précisé que la Bosnie-Herzégovine figure sur cette liste des États sûrs.

2.2. Il convient encore de préciser que selon l'art. 66c CP, l'expulsion s'applique dès l'entrée en force du jugement. Le Tribunal fédéral a précisé que les art. 66a ss CP ne régissent pas l'exécution effective de l'expulsion, l'art. 66d al. 2 CP se limitant à évoquer, à propos de l'autorité appelée à statuer sur la question du report de l'exécution d'une expulsion, lorsqu'il se pose, une "*autorité cantonale compétente*" (arrêt du Tribunal fédéral 6B_624/2021 du 23 mars 2022, consid. 1.2.2). Une décision formelle sur le report n'a ainsi pas à être rendue systématiquement, mais uniquement si l'expulsion doit être mise en œuvre, faute pour le condamné de l'exécuter lui-même : "*L'acte administratif par lequel les autorités d'exécution cantonale la mettent en œuvre porte sur les modalités, et notamment la date de la sortie du pays. Il revêt la forme d'une décision attaquable, et doit notamment montrer que l'expulsion n'est pas empêchée par des règles de droit international. Si l'étranger frappé d'une expulsion a déjà quitté la Suisse de son propre chef, l'autorité d'exécution cantonale peut renoncer à rendre une décision d'exécution. Elle peut en revanche rendre une décision de constatation, précisant la date de départ, qui pourra être utile pour le calcul de la durée de l'expulsion*" (Commentaire de l'ordonnance sur la mise en œuvre de l'expulsion pénale. Berne, 20 décembre 2016, p. 21).

2.3. En l'espèce, la recourante se plaint tout d'abord de l'absence de décision sur l'exécution de l'expulsion. À tort. Il ressort en effet de l'art. 66c al. 1 CP que l'expulsion s'applique dès l'entrée en force du jugement. Dans ces circonstances, aucune décision ultérieure n'est nécessaire pour que l'expulsion judiciaire soit exécutoire. La procédure de l'art. 66d CP s'applique en cas d'exécution forcée de l'expulsion, qui n'a pas été nécessaire en l'occurrence. Il est en effet incontesté que la recourante a effectivement quitté la Suisse, au moyen d'un billet d'avion qu'elle a elle-même acquis. Sa volonté affichée de revenir ultérieurement en Suisse n'y change rien, en tant qu'elle relève de la question du droit de retour en Suisse après une expulsion judiciaire. À la forme, l'OCPM pouvait ainsi se limiter à rendre une décision de constat.

2.4. S'agissant de la question de l'application de l'art. 66d CP à la décision entreprise, la recourante soulève deux griefs.

Le premier, en lien avec ses affaires personnelles, est manifestement infondé. Sa volonté de vider son appartement ou de récupérer ses affaires personnelles ne relève en effet pas du champ d'application de l'art. 66d CP, qui s'applique aux seules normes impératives du droit international qui ne protègent pas une telle situation.

Le second, en lien avec ses problèmes de santé, doit également être rejeté. Ils devaient en effet être soulevés devant la CPAR et ne peuvent plus être invoqués à ce stade. En tout état, la recourante ne documente nullement les problèmes médicaux qu'elle allègue, se limitant à produire un courriel au sujet d'un rendez-vous manqué. Elle précise en outre que son traitement de l'ostéoporose pose un problème de remboursement, mais non qu'il lui est impossible d'obtenir ce traitement ou un médicament de substitution, étant précisé que le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'il ne pouvait pas être retenu que le système de santé bosniaque ne permettait pas un suivi médical adéquat des pathologies médicales (arrêt du Tribunal fédéral 6B_325/2022 du 22 mai 2023, consid. 1.3). Les allégations médicales de la recourante n'atteignent ainsi nullement le seuil de matérialité nécessaire pour un éventuel examen au sens de l'art. 66d CP, ce d'autant que la Bosnie-Herzégovine fait partie des États sûrs reconnus par les autorités fédérales.

Au fond aussi, la décision entreprise est ainsi conforme au droit.

3. Justifiée, la décision querellée sera donc confirmée.
4. 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).

En l'espèce, vu l'issue du recours, voué à l'échec, il n'y pas lieu de mettre la recourante au bénéfice de l'assistance judiciaire.

5. La recourante succombe dans ses conclusions. Elle supportera ainsi les frais de la procédure de recours (art. 428 al. 1 CPP), qui seront fixés en totalité à 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

Rejette la demande d'assistance judiciaire gratuite.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 800.-.

Notifie le présent arrêt, en copie, à la recourante, à l'Office cantonal de la population et des migrations et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Daniela CHIABUDINI, présidente; Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, juge, et Monsieur Stéphane GRODECKI, juge suppléant; Monsieur Selim AMMANN, greffier.

Le greffier :

Selim AMMANN

La présidente :

Daniela CHIABUDINI

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/42/2024

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 715.00

Total CHF **800.00**