



POUVOIR JUDICIAIRE

P/11883/2018

ACPR/757/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 14 décembre 2018

Entre

A _____, sans domicile connu, comparant par M^e B _____, avocat, Fondation C _____,
_____ [GE],

recourant,

contre l'ordonnance sur opposition (défaut) rendue le 27 juillet 2018 par le Tribunal des mineurs et refus de défense d'office.

et

LE TRIBUNAL DES MINEURS, rue des Chaudronniers 7, 1204 Genève - case postale 3686, 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 au greffe de la Chambre de céans le 2 août 2018, A_____ recourt contre l'ordonnance du 27 juillet 2018, par laquelle le Tribunal des mineurs a constaté son défaut à l'audience d'instruction du 26 précédent et dit que l'opposition formée à l'ordonnance pénale du 22 juin 2018 était réputée retirée et que ladite ordonnance pénale était assimilée à un jugement entré en force.

Le recourant conclut à l'annulation de la décision querellée, au renvoi du dossier au Tribunal des mineurs pour qu'il entre en matière sur son opposition formée le 2 juillet 2018 et désigne M^c B_____ en qualité de défenseur d'office et le mette au bénéfice de l'assistance judiciaire.

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

a. Par ordonnance pénale du 22 juin 2018 du Tribunal des mineurs, A_____, mineur non accompagné né le _____ 2000, a été condamné à 7 jours de privation de liberté, sous déduction d'un jour de détention préventive subie avant jugement, avec sursis de 6 mois, échéant au 22 décembre 2018 pour vol, tentative de vol et séjour illégal.

b. A_____ y a formé opposition, le 2 juillet 2018.

c. Le 19 juillet 2018, le Tribunal des mineurs a convoqué A_____ à une audience fixée le 27 suivant.

d. Le 24 juillet 2018, son conseil s'est constitué, a sollicité, pour son mandant, l'octroi de l'assistance juridique et sa nomination d'office et demandé le report de l'audience, étant absent dès le 27 suivant. Il a notamment contesté qu'il serait d'emblée exclu que son client puisse effectuer une mesure de prestation personnelle au motif qu'il n'était pas autorisé à séjourner et à travailler en Suisse.

e. Par mandat de comparution du 25 juillet 2018, adressé par email à son conseil, reprenant *in extenso* l'art. 205 CPP, A_____ a été cité à comparaître à une audience devant le Tribunal des mineurs le lendemain.

f. Lors de l'audience du 26 juillet 2018, à laquelle A_____ n'a pas comparu, son conseil a déclaré avoir vu son client la veille et l'avoir prévenu de la date, plus rapprochée, de l'audience. Ils avaient convenu de se retrouver "*ici*"; il ignorait pourquoi son client n'était pas là et n'avait pas réussi à le joindre le matin. Il a pris note qu'au vu du défaut, l'opposition à l'ordonnance pénale était réputée retirée.

g. Par décision du 27 juillet 2018, le Tribunal des mineurs a considéré que A_____ n'était pas en situation de défense obligatoire au sens de l'art. 24 DPMIn [recte PPMIn] de sorte que l'art. 135 CPP ne s'appliquait pas.

h. A_____ est né le _____ 2000 en Algérie dont il est ressortissant. Il aurait quitté son pays en 2016 et serait arrivé à Genève, en passant par l'Espagne et la France, aux environs du mois d'avril 2018. Son père vit en Algérie et sa mère est décédée. Il a suivi l'école obligatoire jusqu'à 15 ans et n'a pas de formation professionnelle.

Il ressort d'un arrêt du 18 juillet 2018 de la Chambre administrative de la Cour de Justice, versé à la procédure, qu'une curatrice principale et une curatrice suppléante lui avaient été nommées par le Tribunal de protection de l'enfant et de l'adulte (ci-après; TPAE) "*aux fins de le représenter et de prendre toutes décisions utiles à son sujet, notamment de couvrir les besoins élémentaires de l'enfant depuis la date de sa prise en charge*".

C. Dans l'ordonnance querellée, le Tribunal des mineurs a retenu que A_____ ne s'était pas présenté à l'audience du 26 juillet 2018, bien qu'informé par son conseil du changement de la date de l'audience, sans justifier de son impossibilité à y être présent. Partant, l'opposition à l'ordonnance pénale était réputée retirée, conformément à l'art. 355 al. 2 CPP, et l'ordonnance pénale du 22 juin 2018 assimilée à un jugement entré en force.

D. a. Dans son recours, A_____ expose que son absence était excusable aux motifs que quelques heures avant l'audience du 26 juillet 2018, il avait glissé dans les escaliers et s'était rendu aux Urgences dont il n'était ressorti qu'au petit matin avec des béquilles et "*mort de sommeil*", ce qui l'avait empêché de se rendre à l'audience qui devait débiter le même jour à 9h30. Dans son opposition motivée du 24 juillet 2018, il ne contestait pas les faits mais faisait valoir une argumentation juridique de sorte que sa présence à l'audience n'était pas nécessaire. Dans ces circonstances, et compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant, conclure qu'il avait retiré son opposition constituait une sanction particulièrement rigoureuse incompatible avec la garantie d'un procès équitable. Une telle sanction était en outre inopportune. Le Tribunal des mineurs avait affirmé à tort, sans motivation, qu'il n'était pas en situation de défense obligatoire. Il était sans ressources, ni lui ni ses représentants légaux n'étaient en situation de défendre ses intérêts dans la procédure et la curatrice n'avait pas été présente lors de l'audience du 22 juin 2018. Les questions juridiques soulevées étaient complexes. Il cite le Tribunal fédéral qui rappelle, dans l'ATF 144 II 56 consid. 5.2, que "*le § 38 des lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 17 novembre 2010 énonce p. ex. une règle voulant que les enfants devraient avoir accès à une aide judiciaire gratuite sous les mêmes conditions ou sous des conditions plus indulgentes que pour les adultes.*"

Il a produit un résumé de séjour [de l'hôpital] C_____ du 26 juillet 2018, imprimé à 4h58, à teneur duquel il souffrait d'une entorse bénigne de la cheville, après avoir "*loupé*" une marche et pour laquelle il s'était vu prescrire une antalgie simple (ibuprofène et paracétamol).

b. Le Tribunal des mineurs conclut au rejet du recours. La prescription d'antidouleurs, dans la nuit du 25 au 26 juillet 2018, n'empêchait pas A_____ de se présenter à l'audience de 9h30. Ayant mandaté un avocat, il ne pouvait se prévaloir d'avoir ignoré les conséquences d'un défaut.

Son conseil n'avait pas mentionné les dispositions légales justifiant l'octroi de l'assistance juridique et la désignation d'un défenseur d'office. Le recours visait l'art. 24 let. b PPMIn. Le recourant s'était vu désigner une curatrice par le TP AE, représentante légale en Suisse à même de l'aider à défendre ses intérêts.

c. Le Ministère public ne fait pas d'observations.

d. A_____ réplique qu'il ne conteste pas les faits et que la seule question à trancher était celle de l'exigibilité d'une mesure de prestation personnelle s'agissant d'un mineur étranger démuné d'autorisation de séjour. Ce serait d'ailleurs une pure formalité de renvoyer la cause au Tribunal des mineurs vu la motivation de l'ordonnance (impossibilité d'exécuter une mesure de prestation personnelle au vu de l'absence de l'autorisation de séjour). Il conclut à une extension de l'objet du litige et partant à ce que la Chambre de céans statue également au fond.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 3 al. 1 PPMIn, 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) – les formalités de notification (art. 85 al. 2 CPP) n'ayant pas été observées –, concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du prévenu qui, partie à la procédure (art. 18 let. a PPMIn), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).
2. Il convient de considérer que le recours porte également sur la décision, séparée, rendue le même jour et lui refusant la nomination d'un conseil d'office et au sujet de laquelle le recourant a pris des conclusions (cf. supra B. g).
3. Dans sa réplique, le recourant a requis une extension du litige aux fins que la Chambre de céans statue sur le fond du litige. Ce faisant, il a pris des conclusions nouvelles, qui sont irrecevables, sauf à accorder à l'intéressé une prolongation du délai de recours, ce que la loi ne permet pas (art. 396 al. 1 et 89 al. 1 CPP). Il est, en effet, 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 (ATF 134 II 244 consid. 2.4.2 et 2.4.3 p. 247 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_659/2011 du 7 décembre 2010 consid. 5 publié in SJ 2012 I 231; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 3 ad art. 385).

4. Le recourant reproche au Tribunal des mineurs de ne pas avoir considéré que son absence à l'audience du 26 juillet 2018, sur opposition à l'ordonnance pénale du 22 juin 2018, était excusable.

4.1. À teneur de l'art. 355 al. 2 CPP – applicable au droit des mineurs (art. 32 al. 6 PPMIn) –, si l'opposant, sans excuse, fait défaut à une audition malgré une citation à comparaître, son opposition est déclarée retirée. Ce cas de figure conduit à une perte complète des droits de procédure, dès lors qu'une instruction complémentaire n'a pas lieu et que la possibilité de voir les reproches formulés dans l'ordonnance pénale jugés par un tribunal disparaît. Certains auteurs expriment même l'opinion que l'impossibilité d'être jugé par un tribunal découlant de la fiction de retrait de l'opposition est incompatible avec la garantie du procès équitable prévue à l'art. 6 al. 1 CEDH (arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2013 du 27 mai 2013 consid. 3.3).

La disposition précitée doit s'interpréter à la lumière des principes régissant la procédure pénale, codifiés, notamment, à l'art. 3 al. 2 CPP, soit le principe de la bonne foi (let. a), l'interdiction de l'abus de droit (let. b), l'égalité de traitement et le droit d'être entendu (let. c) et la protection de la dignité humaine (let. c). La ratio legis interdit ainsi une interprétation formaliste des dispositions légales. Ces principes sont aussi applicables lors de l'application de l'art. 355 al. 2 CPP (ATF 140 IV 82 consid. 2.5 p. 85).

Le Tribunal fédéral a en outre considéré que le retrait de l'opposition à l'ordonnance pénale doit être clair et sans ambiguïté. Un retrait tacite de l'opposition n'est pas admissible, sauf lorsque la loi prévoit une fiction de retrait (art. 355 al. 2 et 356 al. 4 CPP). En général, le justiciable peut renoncer à ses droits de procédure. Pour être compatible avec les garanties constitutionnelles, le retrait doit cependant intervenir d'une façon catégorique et dans des conditions qui ne permettent pas de douter que l'auteur de la déclaration ne subit pas d'influence et est conscient de la portée de son acte. Il est nécessaire que la déclaration soit univoque et n'intervienne pas à l'encontre des principes régissant un procès équitable. La renonciation ne doit pas nécessairement être expresse, mais peut aussi résulter d'actes concluants. Une interprétation conforme à la Constitution des dispositions de la procédure pénale exige qu'un retrait par acte concluant de l'opposition à une ordonnance pénale résulte de l'ensemble du comportement de la personne visée, qui démontre qu'elle se désintéresse de la suite de la procédure tout en étant consciente des droits dont elle dispose. Par conséquent, le retrait découlant d'une absence non excusée exige que le prévenu ait conscience des conséquences de son omission et qu'il renonce à ses droits en connaissance de cause. Son désintérêt doit s'interpréter au regard des règles de la bonne foi (arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2013 précité consid. 4.3 ss ; ACPR/449/2012 du 19 octobre 2012 et 536/2012 du 29 novembre 2012 ; ACPR/232/2014 du 6 mai 2014).

4.2. L'art. 355 al. 2 CPP ne précise toutefois pas les cas dans lesquels l'absence d'un prévenu aux débats peut être excusée. À cet égard, il faut se référer aux dispositions

générales concernant la procédure ordinaire (ACPR/501/2012 du 15 novembre 2012). À ce titre, l'art. 93 CPP dispose qu'une partie est défaillante si elle n'accomplit pas un acte de procédure à temps ou ne se présente pas à l'audience fixée. Par ailleurs, l'art. 205 al. 2 CPP prévoit que celui qui est empêché de donner suite à un mandat de comparution doit en informer sans délai l'autorité qui l'a décerné et doit lui indiquer les motifs de son empêchement et lui présenter les pièces justificatives éventuelles.

La doctrine mentionne, comme motifs d'excuse, la maladie, le service militaire ou l'absence à l'étranger, le service civil ou un autre service public affectant la disponibilité de la personne convoquée, la maladie d'un enfant ou d'un proche parent dont la personne convoquée a la charge et pour les soins duquel elle ne trouve pas de remplaçant à brève échéance, la grève d'une compagnie aérienne, le décès très récent d'un proche parent ou d'autres situations d'exceptions, voire des engagements de la vie privée pris de longue date, avant la notification du mandat (vacances, voyage d'affaires) (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 4 ad art. 205 ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, Bâle 2011, n. 6 ad art. 205).

L'empêchement doit être porté à la connaissance de l'autorité pénale sans délai et, dans la mesure du possible, avant la survenance de l'acte de procédure visé (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op. cit.*, n. 4 ad art. 205).

4.3. En l'espèce, il est établi que dans la nuit du 25 au 26 juillet 2018, le recourant a été victime d'une entorse qui l'a conduit aux urgences [de l'hôpital C_____] dont il n'est pas ressorti avant 5h00. Il explique avoir été dans un état de fatigue extrême qui l'avait empêché de se présenter à l'audience fixée le matin-même à 9h30. Il soutient ne pas avoir pu prévenir son conseil parce que la batterie de son téléphone était à plat.

Le recourant admet lui-même que ce ne sont pas les antalgiques qui l'ont empêché de se présenter à l'audience mais la fatigue. Il était informé par son conseil de l'heure de l'audience et de son importance. Il lui appartenait de se présenter au Tribunal des mineurs plutôt que d'aller dormir au foyer. Il aurait également pu faire prévenir son avocat de ce prétendu empêchement en demandant au responsable du foyer de lui autoriser d'utiliser son téléphone fixe ou portable.

Son absence à l'audience n'est ainsi pas excusable.

- 5.** Le recourant fait grief au Tribunal des mineurs de ne pas lui avoir désigné un mandataire d'office.

5.1. L'art. 24 PPMIn dispose que le prévenu mineur doit avoir un défenseur dans les cas suivants: il est passible d'une privation de liberté de plus d'un mois ou d'un placement (let. a); il ne peut pas suffisamment défendre ses intérêts dans la procédure

et ses représentants légaux ne le peuvent pas non plus (let. b); la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté a duré plus de 24 heures (let. c); il est placé dans un établissement à titre provisionnel (let. d); le ministère public des mineurs ou le procureur des mineurs intervient personnellement aux débats (let. e).

Il s'agit de conditions alternatives (ATF 138 IV 35 consid. 6.1.).

L'art. 25 al. 1 PPMIn stipule que l'autorité compétente désigne un défenseur d'office lorsque le prévenu mineur doit avoir un défenseur et que l'une des conditions suivantes est remplie : le prévenu mineur ou ses représentants légaux n'ont pas choisi de défenseur malgré une sommation (let. a); le défenseur s'est vu retirer son mandat ou l'a abandonné et le prévenu mineur ou ses représentants légaux n'ont pas désigné un nouveau défenseur dans le délai imparti (let. b); le prévenu mineur et ses représentants légaux ne disposent pas des ressources financières nécessaires (let. c).

Il convient d'ordonner une défense d'office lorsque le prévenu mineur ne peut pas suffisamment défendre ses intérêts dans la procédure et que ses représentants légaux ne le peuvent pas non plus l'art. 24 let. b PPMIn. Cela peut résulter de motifs liés à sa personne (comme par exemple des connaissances linguistiques insuffisantes, des conflits d'intérêts ou un besoin particulier de soutien), mais également de motifs objectifs en lien avec la cause tels qu'une difficulté ou une complexité particulière de la procédure. Dans ce contexte, il convient également de tenir compte de manière appropriée de la gravité du chef de prévention. En procédure pénale des mineurs, il y a en principe lieu d'interpréter avec largesse la notion de droit à une défense d'office (ATF 138 IV 35 consid. 6.3).

5.2. En l'espèce, il n'est pas contesté que le prévenu ne dispose pas des ressources financières nécessaires. Il soutient que la particularité de sa situation administrative permettrait de ne pas exclure d'emblée qu'il puisse effectuer une mesure de prestation personnelle. Cependant, le recourant s'est vu désigner des curatrices en lieu et place de ses représentants légaux et celles-ci étaient tout à fait apte à l'assister à l'audience.

Il s'ensuit que les conditions de la nomination d'un avocat d'office ne sont pas réalisées.

6. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté.
7. Le recourant, qui succombe dans ses conclusions, supportera les frais envers l'État, qui comprendront un émolument de CHF 800.- (art. 44 al. 2 PPMIn, 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP; E 4 10.03).
8. Les frais de la procédure de recours s'agissant de la demande d'avocat d'office resteront à la charge de l'État (art. 20 RAJ).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Met à la charge de A_____ les frais de la procédure de recours, y compris un émolument de CHF 800.-.

Laisse les frais de la procédure de recours, s'agissant de la défense d'office, à la charge de l'État.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, au Tribunal des mineurs et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ, juge, et Monsieur Louis PEILA, juge suppléant; 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).

P/11883/2018

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 30.00

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 **905.00**