

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/12291/2018

ACPR/717/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 4 décembre 2018

Entre

A _____, sans domicile connu, comparant par M^e B _____, avocat,

recourant,

contre l'ordonnance rendue le 12 septembre 2018 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B,
1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

- A.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 24 septembre 2018, A_____ recourt contre la décision du 12 septembre 2018, notifiée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé de lui accorder un défenseur d'office.

Le recourant conclut à l'annulation de cette décision et à la nomination de Me B_____ en qualité de défenseur d'office à compter du 6 août 2018.

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

a. Par ordonnance pénale du 9 juillet 2018, A_____, né en 1993 et originaire du Nigéria, a été condamné à une peine privative de liberté de 60 jours, sous déduction d'un jour de détention avant jugement, pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LÉtr pour la période de séjour illégal allant du 1^{er} mars au 7 juin 2018, dans le cadre de la P/12291/2018.

Le 17 juillet 2018, A_____ y a fait opposition, par le biais de son conseil, sollicitant la tenue d'une audience dans le but de demander ensuite la jonction avec une procédure pendante devant le Tribunal de police ainsi que l'assistance judiciaire.

b. Par ordonnance pénale du 25 juillet 2018, il a été condamné à une peine privative de liberté de 90 jours pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LÉtr, pour la période de séjour illégal allant du 10 au 24 juillet 2018, ainsi qu'à une amende de CHF 300.- pour infraction à l'art. 19a ch. 1 LStup, dans le cadre de la P/1_____/2018.

Le 6 août 2018, il y a fait opposition par le biais de son conseil et demandé la jonction à la P/12291/2018. Il a sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire et la nomination d'un défenseur d'office au vu de son indigence, de la complexité et la gravité de la cause.

c. Le 15 août 2018, le Procureur a joint les procédures pénales P/2_____/2018, instruite par une autre Procureur, et P/12291/2018 sous ce dernier numéro de procédure.

d. Lors de l'audience sur opposition du 4 septembre 2018, A_____ a déclaré n'avoir jamais quitté la Suisse depuis son arrivée; il a sollicité une peine complémentaire à celle prononcée le 13 avril 2018. Il a contesté avoir consommé des stupéfiants, le sachet de cocaïne retrouvé sur lui étant tombé de la poche d'un "Blanc" derrière lequel il avait couru pour le lui rendre. En outre, l'amende de CHF 300.- ne tenait pas compte de sa situation précaire.

e. Par ordonnance du 12 septembre 2018, le Procureur a annulé les ordonnances pénales et a condamné A_____ à une peine privative de liberté de 60 jours, sous déduction de 3 jours de détention avant jugement pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LÉtr et à une amende de CHF 300.- pour infraction à l'art. 19a ch. 1 LStup.

A_____ n'a pas formé opposition.

f. Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, A_____ a été condamné par le Ministère public, le 21 novembre 2016, à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 10.- le jour pour entrée et séjour illégaux, le 3 mars 2017, à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 10.- le jour, pour séjour illégal et délit à la LStup, le 1^{er} avril 2017, à une peine identique pour des infractions similaires, le 14 octobre 2017, à une peine pécuniaire de 100 jours-amende à CHF 10.- le jour ainsi que par le Tribunal de police le 13 avril 2018 à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 10.-, pour séjour illégal et délit à la LStup.

Ce Tribunal l'a en outre encore condamné le 11 septembre 2018, à une peine pécuniaire, complémentaire à celle prononcée le 13 avril 2018, de 30 jours-amende à CHF 10.- pour séjour illégal.

- C.** Dans sa décision querrellée, le Procureur a considéré que la cause ne présentait pas de difficultés particulières en droit ou en fait de sorte que le prévenu était à même de se défendre tout seul. La cause était en outre de peu de gravité, le prévenu n'étant passible que d'une peine privative de liberté de 4 mois, d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou d'un travail d'intérêt général de 480 heures maximum (sic).
- D. a.** À l'appui de son recours, A_____ fait valoir son éducation limitée (il n'était allé à l'école que jusqu'à l'âge de 14 ans) et sa situation personnelle (il était un migrant de 25 ans et n'avait jamais eu affaire à la justice dans son pays) qui ne lui permettaient pas de résoudre seul les questions juridiques les plus élémentaires, telles que la jonction et la peine complémentaire, outre qu'une diminution de la sanction totale de 150 jours de peine privative de liberté prononcée était très vraisemblable, à la lecture de l'ordonnance querrellée, à la suite de ses oppositions.
- b.** Dans ses observations, le Ministère public rappelle qu'il examine d'office la pertinence d'une éventuelle jonction des causes. L'octroi de l'assistance judiciaire aurait été refusé même dans l'hypothèse où les procédures auraient été traitées distinctement, le palier de quatre mois fondant la gravité n'ayant été atteint dans aucune des deux causes. Les faits étaient établis au vu du dossier et partiellement reconnus par le prévenu, de sorte que la cause ne nécessitait pas l'aide d'un conseil. Le seuil de la peine fixé par l'art. 132 al. 3 CPP ne serait pas atteint, les précédentes condamnations du prévenu pour infraction à la LÉtr ne permettant pas une condamnation supérieure à 60 jours de peine privative de liberté. La demande d'assistance juridique avait été laissée ouverte jusqu'à une décision du Tribunal de police sur une éventuelle jonction des causes.
- c.** Le recourant a répliqué.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), 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. 104 al. 1 let. a CPP), 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. Le recourant reproche au Ministère public de ne pas avoir retenu que les conditions d'octroi d'une défense d'office étaient en l'espèce réalisées.

2.1. En dehors des cas de défense obligatoire, qui ne concernent pas le cas d'espèce, l'art. 132 al. 1 let. b CPP soumet le droit à l'assistance d'un défenseur à deux conditions : le prévenu doit être indigent et la sauvegarde de ses intérêts doit justifier une telle assistance, cette seconde condition devant s'interpréter à l'aune des critères mentionnés à l'art. 132 al. 2 et 3 CPP.

Dans sa jurisprudence publiée, le Tribunal fédéral a retenu que l'autorité chargée d'apprécier le besoin d'un défenseur d'office doit tenir compte, de manière concrète, de la peine susceptible d'être prononcée ainsi que de toutes les circonstances spécifiques au cas d'espèce. La désignation d'un défenseur d'office est en tout cas nécessaire lorsque le prévenu est exposé à une longue peine privative de liberté ou qu'il est menacé d'une peine qui ne peut être assortie du sursis (ATF 129 I 281 consid. 3.1 p. 285). Pour décider de l'intensité de la gravité d'un cas donné, le juge ne doit pas se référer à la peine théorique maximale applicable aux infractions reprochées au prévenu, mais à celle qui pourrait raisonnablement être prononcée en fonction des circonstances concrètes de la procédure (ATF 120 Ia 43 consid 2b; arrêt 1P_627/2002 du 4 mars 2003 consid. 3.1 reproduit in Pra 2004 n° 1 p. 4).

2.2. Pour évaluer si l'affaire présente des difficultés que le prévenu ne pourrait pas surmonter sans l'aide d'un avocat, il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances concrètes. La nécessité de l'intervention d'un conseil juridique doit ainsi reposer sur des éléments objectifs, tenant principalement à la nature de la cause, et sur des éléments subjectifs, fondés sur l'aptitude concrète du requérant à mener seul la procédure. La jurisprudence impose de se demander si une personne raisonnable et de bonne foi – qui présenterait les mêmes caractéristiques que le requérant mais disposerait de ressources suffisantes – ferait ou non appel à un avocat. Pour apprécier la difficulté subjective d'une cause, il faut aussi tenir compte des capacités du prévenu, notamment de son âge, de sa formation, de sa plus ou moins grande familiarité avec la pratique judiciaire, de sa maîtrise de la langue de la procédure (arrêt du Tribunal fédéral 1B_257/2013 du 28 octobre 2013 consid. 2.1 publié in SJ 2014 I 273 et les références citées) et des mesures qui paraissent nécessaires, dans le cas particulier, pour assurer sa défense, notamment en ce qui concerne les preuves qu'il devra offrir (ATF 115 Ia 103 consid. 4 p. 105).

2.3. À teneur de l'art. 115 al. 1 LÉtr est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque contrevient aux dispositions sur l'entrée en Suisse (let. a) ou séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour autorisé (let. b).

Le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 115 al. 1 let. b LÉtr doit être interprété conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en rapport avec la Directive sur le retour.

Cette dernière poursuit la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement fondée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées de façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux ainsi que leur dignité. Selon la jurisprudence européenne, une peine d'emprisonnement pour séjour illégal ne peut être infligée à un ressortissant étranger que si la procédure administrative de renvoi a été menée à son terme sans succès et que le ressortissant étranger demeure sur le territoire sans motif justifié de non-retour. La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois souligné que les ressortissants étrangers ayant, outre le séjour irrégulier, commis un ou plusieurs autres délits pouvaient, dans les hypothèses visées par l'art. 2 par. 2 let. b de la Directive sur le retour, c'est-à-dire en cas d'expulsion judiciaire prononcée comme sanction pénale ou de procédure d'extradition, être soustraits au champ d'application de ladite directive (arrêts du Tribunal fédéral 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.1 ; 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 3.2 et les références citées).

Le séjour illégal est un délit continu (ATF 135 IV 6 consid. 3.2 p. 9; arrêt du Tribunal fédéral 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 1.2). La condamnation en raison de ce délit opère une césure, de sorte que le fait de perpétuer la situation irrégulière après le jugement constitue un acte indépendant permettant une nouvelle condamnation à raison des faits non couverts par le premier jugement, en conformité avec le principe *ne bis in idem* (ATF 135 IV 6 consid. 3.2 p. 9). En vertu du principe de la culpabilité sur lequel repose le droit pénal, les peines prononcées dans plusieurs procédures pénales en raison de l'effet de césure ne peuvent dépasser la peine maximale prévue par la loi pour l'infraction en question (ATF 135 IV 6 consid. 4.2 p. 11).

2.4. En l'espèce, le prévenu étant manifestement indigent, ce que le Ministère public ne conteste pas, il reste à déterminer si l'assistance d'un défenseur était justifiée pour sauvegarder les intérêts du recourant.

Lorsque le recourant a sollicité la nomination d'un défenseur d'office, le Ministère public venait de le condamner à un total de 150 jours de peine privative de liberté par deux ordonnances pénales. La condition du cas grave au sens de l'art. 132 al. 3 CPP était dès lors réalisée.

Il y a encore lieu de déterminer le critère de la complexité de cause. Si à l'évidence le principe de l'unité de la procédure conduit à la jonction des causes, le recourant, en

l'occurrence, avait été condamné par des ordonnances prononcées successivement par deux procureurs sans que la seconde cause ait été attribuée au premier. On peut ainsi admettre que c'est à la suite de l'intervention de son conseil le 6 août 2018 que la jonction des procédures a été ordonnée et la peine revue à la baisse.

Le recourant a, depuis 2016, été condamné pour séjour illégal à plusieurs reprises, à des peines pécuniaires dont le cumul a atteint 310 unités selon le Procureur. Or, on ne saurait attendre d'un plaideur en personne qu'il appréhende, seul, les subtilités qu'engendre l'existence de procédures pénales parallèles, pour des faits similaires, devant plusieurs juridictions. En outre, compte tenu de la multiplicité des procédures pour séjour illégal dont il a fait l'objet, l'applicabilité de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le délit continu en matière de LÉtr, voire de la Directive sur le retour, pouvait présenter ici objectivement des difficultés que le précité, dénué de toute formation juridique, ne serait pas en mesure de surmonter seul et qui serait susceptible d'influer la quotité de la peine à prononcer (cf. ACPR/738/2016 du 17 novembre 2016).

Il en résulte que la cause présente une certaine complexité sur le plan juridique que le recourant ne peut surmonter sans l'aide d'un défenseur, ce qui justifie la nomination d'un avocat d'office.

Il s'ensuit que les conditions de l'art. 132 al. 1 let. b et al. 2 CPP sont réalisées.

Fondé, le recours doit être admis ; partant, l'ordonnance querellée sera annulée. La Chambre de céans, en application de l'art. 397 al. 2 CPP, rendra une nouvelle décision par laquelle elle désignera, avec effet au 6 août 2018, Me B_____ comme défenseur d'office du prévenu pour la présente procédure, aucun motif ne s'opposant à la nomination du défenseur que le recourant s'est choisi.

3. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).
4. Le recourant, qui obtient gain de cause, a demandé une indemnité pour les frais relatifs au présent recours. Il n'y a toutefois pas lieu d'indemniser à ce stade le défenseur d'office (art. 135 al. 2 CPP).

Selon l'art. 16 al. 1 RAJ, l'indemnité due à l'avocat et au défenseur d'office en matière pénale est calculée selon le tarif horaire pour un chef d'étude à CHF 200.- (let. c). La TVA est versée en sus. Selon l'al. 2 de cette disposition, seules les heures nécessaires sont retenues. Elles sont appréciées en fonction notamment de la nature, de l'importance et des difficultés de la cause, de la valeur litigieuse, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu.

En l'occurrence, le conseil d'office fait valoir 4h25 d'activité pour le recours qui paraissent raisonnables. L'indemnité sera ainsi accordée au tarif de CHF 200.-, plus TVA de 7.7%, soit CHF 951.-.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours.

Annule l'ordonnance querellée.

Désigne Me B_____ comme défenseur d'office de de A_____, avec effet au 6 août 2018.

Alloue à Me B_____, à la charge de l'État, pour l'activité déployée en seconde instance, une indemnité de CHF 951.-, TVA de 7.7% incluse.

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

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

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

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).