REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/23643/2022 **ACPR/272/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 12 avril 2023

Entre

A_____, domicilié _____, comparant par M^e^ B_____, avocat,

recourant,

contre l'ordonnance d'apport de pièces du 16 février 2023,

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. **a.** Par acte expédié le 27 février 2023, A_____ recourt contre l'ordonnance du 16 précédent, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public a décidé l'apport de certaines pièces des procédures P/1_____/91 et P/2_____/90 dirigées contre lui pour brigandage aggravé et vol en bande.

Le recourant conclut, préalablement, à ce que l'effet suspensif soit octroyé à son recours et – sur mesures provisionnelles – à ce qu'interdiction soit faite au Ministère public de verser les pièces concernées et d'en interdire l'accès aux parties; principalement à l'annulation de la décision querellée et à ce qu'il soit dit qu'aucune pièce issue de deux procédures pénales dans lesquelles il a été impliqué ne soit versée dans la présente cause.

b. Par ordonnance du 2 mars 2023 (OCPR/11/2023), la Direction de la procédure a accordé l'effet suspensif demandé et fait interdiction au Ministère public, jusqu'à droit jugé sur le recours, de verser à la procédure les pièces énoncées dans sa décision du 16 février 2023.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier:

a. C_____ et A_____ ont donné naissance, hors mariage, à deux enfants âgés de sept et cinq ans.

Le couple s'est séparé il y a plusieurs années.

b. Par décision du 29 juillet 2020, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après, TPAE) a instauré une garde partagée des mineurs entre les père et mère.

Par décision du 2 novembre 2021, confirmée par la Chambre de surveillance le 20 juin 2022, le TPAE a confié la garde des mineurs à la mère et réservé un droit aux relations personnelles au père. Le 20 septembre 2022, le Tribunal fédéral a accordé l'effet suspensif au recours interjeté par A_____.

c. Les 4 et 10 octobre 2022, statuant sur mesures superprovisionnelles, le TPAE a suspendu le droit aux relations personnelles du père avec les mineurs et interdit tout contact avec eux, considérant en substance que *"le moindre contact des mineurs avec leur père était désormais délétère à leur bon développement au regard de l'état psychologique [de l'un d'eux] qui devait impérativement et urgemment être protégé"*.

d. C_____ a déposé deux plaintes pénales en date du 7 octobre et 22 novembre 2022 contre A_____, lui reprochant d'avoir refusé de lui remettre les enfants,

respectivement de les avoir extraits de leur école, puis être parti avec eux vers une destination inconnue. Elle s'est constituée partie plaignante.

e. Le 23 novembre 2022, A_____ a été appréhendé en France voisine, en compagnie de ses deux enfants, avant d'être remis aux autorités suisses, le 5 janvier 2023. Il a été prévenu d'enlèvement de mineur (art. 220 CP), séquestration (art. 183 CP) et insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP) pour avoir, en substance, commis les faits reprochés dans les plaintes des 7 octobre et 22 novembre 2022.

f. Entendu par la police et le Ministère public, A_____ a reconnu la matérialité des faits reprochés, expliquant avoir agi dans le but de protéger ses enfants – qui allaient mal – et afin qu'une *"enquête indépendante soit ouverte sur le déroulement de [s]on affaire"*.

Le 8 janvier 2023, il a été placé en détention provisoire, puis mis en liberté, le 13 suivant, sous mesures de substitution.

g. Par courrier du 27 janvier 2023, adressé au Ministère public, C_____ a sollicité l'apport au dossier de la procédure pénale menée à l'encontre de A_____ pour brigandage ayant entraîné la mort de la victime.

h. Par courrier du 13 février 2023, le Ministère public a soumis aux observations des parties le projet de mandat d'expertise psychiatrique de A_____.

i. À teneur de l'extrait du casier judiciaire suisse (état au 15 novembre 2022), A_____ a été condamné le 12 décembre 2012 par le Ministère public du canton de Genève à une peine pécuniaire de 45 jours-amende avec sursis pendant trois ans pour rixe et dommage à la propriété.

C. Dans la décision querellée, le Ministère public a ordonné l'apport des pièces suivantes:

- la mission d'expertise psychiatrique confiée au Dr D_____ dans la procédure P/1_____/91, accompagnée de son assermentation et de son rapport;

- les arrêts de la Cour d'Assises du 28 septembre 1993, de la Cour de Cassation du 30 juin 1994 et du Tribunal fédéral du 17 novembre 1994;

- deux rapports d'évaluation de E_____ [institution d'exécution de mesures pour jeunes] et le rapport du Dr F_____ et

- un courrier de A_____ du 3 novembre 1993 adressé au Procureur.

À l'appui de sa décision, le Ministère public considère que, même si l'art. 369 al. 7 CP (sic) interdit d'opposer à la personne concernée les jugements éliminés du casier judiciaire, les experts médicaux – respectivement le juge – pouvaient, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, s'en prévaloir afin d'établir le pronostic de récidive. En l'espèce, dans l'optique du mandat d'expertise psychiatrique à décerner, il était nécessaire de verser au dossier les pièces susmentionnées, afin de permettre à l'expert, respectivement aux autorités pénales, d'évaluer le risque de récidive du prévenu, ainsi que sa dangerosité.

D. **a.** Dans son recours, A_____ reproche au Ministère public d'avoir fondé sa décision sur l'art. 369 al. 7 qui avait été abrogé. En tout état de cause, son droit à l'oubli et à la réhabilitation avait été violé, ce d'autant qu'il n'existait pas de lien de connexité entre une condamnation remontant à 30 ans auparavant et les faits qui lui étaient reprochés dans la présente cause. N'ayant *"presque pas eu de problèmes judiciaires depuis sa condamnation"*, l'apport ordonné n'était pas pertinent pour l'expert-psychiatre, ni pour les autorités pénales.

b. La cause a été gardée à juger sans échange d'écritures, ni débats.

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. b 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. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement irrecevables ou mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

3. **3.1.** Aux termes de l'art. 6 al. 1 CPP, les autorités pénales recherchent d'office tous les faits pertinents pour la qualification de l'acte et le jugement du prévenu. L'autorité dispose d'une liberté d'appréciation étendue et il lui appartient en fonction de la complexité du cas, de la gravité de l'infraction ou des moyens financiers à sa disposition de définir le stade à partir duquel les faits sont suffisamment élucidés (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire du code de procédure pénale*, 2ème éd., Bâle 2016, N. 8 ad art. 6 CPP).

Selon l'art. 194 al. 1 CPP, le ministère public et les tribunaux requièrent les dossiers d'autres procédures lorsque cela est nécessaire pour établir les faits ou pour juger le

prévenu. Il peut s'agir de dossiers de procédures pénales, civiles ou administratives tout comme de procédures pénales antérieures contre le même prévenu ou d'autres personnes (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 3e éd., Zurich 2018, N. 8 ad art. 194 CPP). La notion d'autre procédure doit s'entendre au sens large. Il peut s'agir, par exemple, d'une procédure disciplinaire visant le prévenu (par exemple policier, enseignant, médecin), d'un dossier de divorce ou de mise sous tutelle, d'une précédente procédure pénale impliquant le prévenu ou même d'autres personnes (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019, N. 6 ad art. 194). La nécessité de production du dossier pour établir les faits ou pour juger le prévenu (art. 194 al. 1 CPP) doit consister en l'établissement d'une situation personnelle, d'une capacité de discernement, de la nécessité d'une mesure thérapeutique, etc. (ACPR/562/2012 du 18 décembre 2012).

En vertu de l'art. 194 al. 2 CPP, les autorités administratives et judiciaires autorisent la consultation de leurs dossiers lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret ne s'y oppose. Les intérêts publics et privés doivent être mis en balance avec l'intérêt de l'autorité pénale d'avoir accès aux informations contenues dans le dossier dont la consultation ou la production est demandée, conformément au principe de proportionnalité (arrêt du Tribunal fédéral 1B_33/2013 du 19 mars 2013 consid. 2.1). Le refus des autorités requises de produire les documents demandés lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret s'y oppose doit être considéré comme une ultima ratio. Il y a lieu, dans chaque cas, d'examiner si des mesures moins radicales ne permettraient pas, malgré tout, de sauvegarder cet intérêt, par exemple retirer certaines pièces du dossier ou encore masquer certains passages et noms figurant dans les documents (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1195).

Enfin, l'art. 194 CPP n'autorise pas uniquement la consultation des procédures demandées aux autorités requises, mais également leur production (cf. Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1195).

3.2. L'art. 369 aCP régissait l'élimination des inscriptions portées au casier judiciaire suisse jusqu'au 22 janvier 2023 (cf. consid. 3.3. ci-après). Selon son al. 7, 2ème phrase, les jugements éliminés ne pouvaient plus être opposés à la personne concernée. Cette disposition prévoyait ainsi une interdiction d'utiliser les données éliminées du casier judiciaire. Il découlait de la volonté du législateur qu'en raison d'une réhabilitation complète, les jugements éliminés ne pouvaient pas être utilisés à charge de la personne concernée, que ce soit pour fixer la peine ou pour établir un pronostic (arrêt du Tribunal fédéral 6B_631/2021 du 7 février 2022 consid. 3.1.1).

La jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 369 al. 7 aCP a apporté des exceptions à cette interdiction. Ainsi, les experts médicaux peuvent utiliser des informations contenues dans les dossiers de condamnations radiées et plus particulièrement les anciennes expertises. Des condamnations antérieures éliminées du casier judiciaire peuvent ainsi être utilisées pour apprécier la personnalité du prévenu, pour autant qu'elles ne constituent pas le seul critère des traits de personnalité (arrêts du Tribunal fédéral 6B_877/2014 du 5 novembre 2015 consid. 8.4 relatif à la conscience par le délinquant de son problème d'alcool et de violence et 6B_875/2009 du 22 mars 2009 consid. 2.4 concernant la propension à se livrer à des actes sexuels avec des enfants). Il convient dès lors de distinguer le pronostic réel (médical) et le pronostic légal (judiciaire). L'expertise doit clairement indiquer dans quelle mesure les anciens délits sont en rapport avec les nouveaux qui doivent être jugés (connexité) et comment ces éléments qui remontent loin se répercutent encore sur le pronostic médical réel contenu dans l'expertise (pertinence). De cette manière, il est aussi possible de garantir, pour le pronostic judiciaire, que d'éventuels pronostics défavorables ne soient pris en considération que dans la mesure des condamnations inscrites (ATF 135 IV 87 consid. 2.5 p. 92; arrêts du Tribunal fédéral 6B_154/2021 du 17 novembre 2021 consid. 2.1 et 6B_1339/2016 du 23 mars 2017 consid. 1.1.3).

Par ailleurs, dans un arrêt récent rendu en matière d'internement, le Tribunal fédéral a relativisé la distinction entre le pronostic réel et le pronostic légal et admis que le juge peut prendre en considération, pour émettre un pronostic, les condamnations antérieures éliminées du casier judiciaire (arrêt du Tribunal fédéral 1B_589/2021 du 19 novembre 2021 consid. 5.4).

3.3. Le 23 janvier 2023 est entrée en vigueur la Loi fédérale sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (LCJ ; RS 330) abrogeant les 365 à 371a aCP (RO 2022 600). Cette loi traduit une volonté de réduire la portée du droit à l'oubli (Y. JEANNERET, *Le droit à l'oubli et l'envie de se souvenir, in Cimes et Châtiment: Mélanges en l'honneur du Pr Laurent Moreillon*, Berne 2022, p. 209; A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), *Commentaire romand, Code pénal II, Partie spéciale: art. 111-392 CP*, Bâle 2017, N. 4 ad Rem. prél. aux art. 365-371). Les délais d'élimination sont globalement allongés, tandis que certaines condamnations sont maintenues jusqu'à la mort du condamné. Ainsi l'art. 30 al. 2 let. c LCJ dispose que les condamnations à raison d'une liste d'infractions définies – dont l'art. 140 ch. 4 CP – perdurent jusqu'au décès du condamné. Cette réforme marque un rétrécissement du droit à l'oubli par rapport au droit actuel.

Par ailleurs, l'interdiction d'utiliser les données éliminées du casier judiciaire figurant à l'art. 369 al. 7 2ème phrase aCP n'a pas été reprise dans l'art. 34 al. 2 LCJ. Il ressort en effet de son message qu' "*[a]près analyse approfondie de la jurisprudence et des résultats de la consultation, le Conseil fédéral renonce à une telle interdiction […]. Le fait qu'un expert ou un juge ait ou non le droit de prendre en considération une*

peine antérieure éliminée ne devrait pas découler d'une interdiction schématique fondée sur l'expiration d'un délai mais être laissé à la libre appréciation de l'expert médical ou du juge lui-même. La proportionnalité est garantie par le contrôle judiciaire de la décision (obligation de motiver cette dernière et garantie de l'accès au juge). Ce contrôle permet de s'assurer lorsque la sécurité publique entre en jeu, que des décisions objectivement correctes, également défendables sur le plan de la politique criminelle, soient prises. Si le but du futur casier judiciaire est d'offrir, notamment aux autorités de la justice pénale, une source d'informations plus importante et donc un meilleur outil afin non seulement de fixer les peines de manière plus précise mais aussi d'établir des pronostics fondés, une interdiction schématique d'utiliser les données éliminées est difficilement envisageable […]. [Le droit à l'oubli et la réhabilitation] sont préservés principalement par le fait qu'une inscription cesse de figurer sur les extraits du casier judiciaire – notamment l'extrait destiné aux particuliers – au bout d'un certain temps […]. Une interdiction schématique peut par contre empêcher un expert ou un juge qui doit établir un pronostic de procéder à une appréciation objective et appropriée de la situation. Le droit à l'oubli et la réhabilitation sont pris en considération dans la mesure où le lien de connexité et la pertinence de la condamnation antérieure doivent être démontrés minutieusement. Plus une condamnation est ancienne et moins l'infraction est grave, plus la motivation sera soumise à des exigences élevées" (FF 2014 5591).

3.4.1. En l'espèce, le recourant reproche au Ministère public d'avoir fondé sa décision sur l'art. 369 al. 7 aCP. Or il ressort de la décision querellée que – pour ordonner l'apport des pièces litigieuses au dossier – le Ministère public s'est référé à la jurisprudence du Tribunal fédéral introduisant des exceptions à l'interdiction d'utiliser les données éliminées du casier judiciaire prévue à la disposition précitée. Dans la mesure où ladite interdiction n'a pas été reprise dans la LCJ, la jurisprudence en la matière apparaît toujours pertinente.

Ce grief sera dès lors rejeté.

3.4.2. Le recourant considère que l'apport litigieux viole son droit à l'oubli et à la réhabilitation. Or force est de constater que, eu égard à la gravité des infractions reprochées au recourant dans les procédures P/1_____/91 et P/2_____/90, le Ministère public pouvait, conformément à ce qu'autorise l'art. 194 al. 1 CP, requérir les dossiers pénaux y relatifs, ou à tout le moins les documents propres à renseigner sur le passé judiciaire du recourant, quand bien même sa condamnation a été éliminée du casier judiciaire. Ce d'autant que les infractions qui lui sont reprochées dans la P/23643/2022 ne sont pas non plus de peu de gravité. Dans l'optique d'un mandat d'expertise psychiatrique du recourant, les pièces litigieuses, même si elles concernent des faits très éloignés dans le temps, assureront à l'expert, respectivement à l'autorité pénale, une vision complète de la personnalité du recourant afin d'apprécier un éventuel risque de récidive et les mesures propres à y remédier.

Aussi sous l'angle du principe de la proportionnalité, l'intérêt de l'autorité pénale à avoir accès à toutes les condamnations du recourant, et, donc, à pouvoir rendre un jugement conforme au droit, l'emporte-t-il sur l'intérêt privé de l'intéressé à ce que son passé judiciaire en matière d'infraction de brigandage ayant entraîné la mort de la victime ne soit pas porté à la connaissance des magistrats qui auront à le juger. En tout état de cause, le droit à l'oubli et à la réhabilitation du recourant est pris en considération, dès lors que l'expertise ordonnée devra clairement indiquer dans quelle mesure les anciennes infractions sont en rapport avec les nouvelles qui doivent être jugées (connexité) et comment ces éléments anciens se répercutent sur l'établissement du pronostic actuel (pertinence). Au demeurant, la LCJ en vigueur traduit une volonté du législateur de réduire la portée du droit à l'oubli et certaines condamnations, dont celle pour brigandage avec mise en danger de mort (art. 140 ch. 4 CP), seront maintenues jusqu'à la mort du condamné.

Il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le Ministère public a ordonné l'apport de pièces litigieuses au dossier, d'autant plus que l'ouverture des dossiers aux autorités pénales est la règle, et le maintien du secret l'exception.

Le point de savoir si le Ministère public peut, ou doit, restreindre sur ce point l'accès au dossier aux parties ne fait pas l'objet de l'ordonnance querellée et n'a dès lors pas à être examiné ici.

4. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

5. Le recourant, bien qu'au bénéfice de l'assistance juridique, supportera les frais de la procédure de recours (art. 428 al. 1 CPP; arrêts du Tribunal fédéral 1B_203/2011 du 18 mai 2011 consid. 4 et 1B_372/2014 du 8 avril 2015 consid. 4.6) 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 10.05).

6. Il n'y a pas lieu d'indemniser à ce stade le défenseur d'office (art. 135 al. 2 CPP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Met à la charge de A_____ les frais de procédure de recours, arrêtés en totalité à CHF 800.-.

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

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Mesdames Corinne CHAPPUIS BUGNON et Françoise SAILLEN AGAD, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :	Le président :
Julien CASEYS	Christian COQUOZ

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/23643/2022 **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	715.00
- demande sur récusation (let. b)	CHF	
Total	CHF	**800.00**