

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/5914/2013

ACPR/408/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 28 août 2013

Entre

A. _____, comparant par M^c B. _____, avocat,

recourant

contre l'ordonnance de refus d'assistance judiciaire rendue le 2 juillet 2013 par le
Ministère public,

et

B. _____, p. a. Police judiciaire, case postale 236, 1211 Genève 8, comparant par
M^c Bastien GEIGER, avocat, rue Prévost-Martin 5, case postale 60, 1211 Genève 4,

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

intimés.

Communiqué l'arrêt aux parties en date du 30 août 2013

EN FAIT :

A. Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 15 juillet 2013, A._____ recourt contre l'ordonnance rendue par le Ministère public le 2 juillet 2013, notifiée le lendemain, par laquelle cette autorité lui a refusé l'assistance judiciaire gratuite dans le cadre de la plainte qu'il a déposée le 22 avril 2013.

Il conclut à la constatation d'une violation du principe de célérité et à la désignation de M^e B._____ comme son avocat d'office.

B. Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a. Le 15 avril 2013, sur mandat de perquisition du Ministère public, la police est intervenue au domicile de A._____, soupçonné de trafic de marijuana. Pendant que la police investissait les lieux, un policier a tiré sur A._____, pour l'avoir vu diriger sur lui une arme, qui s'avérera être un briquet à gaz en forme de pistolet factice, sous le canon duquel étaient fixés un pointeur laser et une lampe, qu'une pression sur la détente avait, en l'occurrence, allumée. L'intéressé a été blessé au bras et à l'abdomen.

b. Le 22 avril 2013, M^e B._____, agissant pour A._____, a déposé plainte pénale, notamment du chef de tentative de meurtre par dol éventuel, contre les agents présents le 15 avril 2013, demandant à être nommé d'office pour la défense de son client et le constituant partie plaignante. Le 1^{er} mai 2013, il a fait parvenir au Ministère public la formule de demande d'assistance judiciaire remplie par son client, avec des annexes.

c. Sans ouvrir formellement d'instruction, le Procureur général a ordonné un examen médical de A._____ et a recueilli la déposition de celui-ci, le 23 mai 2013.

d. Le 2 juillet 2013, le Procureur général a rendu l'ordonnance litigieuse, à teneur de laquelle la loi genevoise sur la responsabilité de l'État (A 2 40) n'ouvrait à A._____ aucune action civile directe contre les policiers visés.

e. Dans l'intervalle, le Procureur général a rendu une ordonnance refusant de garantir l'anonymat de B._____, le gendarme qui avait fait feu sur A._____, et a versé au dossier deux rapports de police technique et scientifique.

f. La procédure suivie contre A._____ pour trafic de marijuana se poursuit, sous la conduite d'un autre procureur.

C. a. À l'appui de son recours, A._____ invoque une violation de l'art. 136 al. 1 CPP. Il était indigent et victime d'un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'art. 3 CEDH. La jurisprudence lui reconnaissait le droit à l'assistance juridique et à la qualité de partie plaignante, même s'il ne prenait pas de conclusions civiles. Il avait interpellé l'État de Genève pour être indemnisé ; l'action en responsabilité avait été suspendue dans l'attente des résultats de l'enquête pénale. Sa participation à celle-ci était nécessaire aux fins de faire constater l'illicéité du tir et, cela fait, de pouvoir être

indemnisé par l'État, conformément à la loi cantonale sur la responsabilité. Établir le dol éventuel du tireur était une question juridique complexe, qui appelait le concours d'un avocat, tout comme l'examen des faits justificatifs, voire de l'erreur sur les faits, qui ne manqueraient pas d'être invoqués en défense. L'assistance d'un avocat se justifiait aussi au vu de la « *charge émotionnelle* » considérable du dossier et du « *lien organique* » entre police et Ministère public. En statuant « *près d'un mois* » après son audition et en persistant à ignorer la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, le Ministère public avait également violé le principe de célérité.

b. Le Ministère public fait valoir que l'assistance judiciaire pour le seul aspect pénal d'un dossier est exclue par la loi et que la jurisprudence à laquelle A. _____ se référerait, l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_355/2012, n'ouvrait de droit à l'assistance judiciaire que dans le cadre, limité, du recours contre un classement ; elle ne consacrait pas de droit général d'une partie plaignante à l'assistance judiciaire, lorsque des violences policières étaient en jeu. L'instruction n'en était, ici, qu'à ses prémisses, et le droit à une enquête effective et approfondie n'était pas compromis par la décision querellée. Le grief de violation du principe de célérité n'était pas fondé.

c. B. _____ s'en remet à justice, soutenant toutefois l'analyse du Ministère public.

d. A. _____ a répliqué. La position du Ministère public était « *absurde* », puisqu'en voulant n'ouvrir le droit à l'assistance judiciaire qu'à partir du classement de la procédure, elle revenait à limiter le droit à un avocat aux seules causes dépourvues de chance de succès.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 396 al. 1, 390 al. 1 et 385 al. 1 CPP), concerner une décision du Ministère public sujette à recours (arrêt du Tribunal fédéral 6B_122/2013 du 11 juillet 2013 consid. 5.2) auprès de la Chambre de céans (art. 20 al. 1 let. b et 393 al. 1 let. a CPP; art. 128 LOJ), émaner de la partie plaignante, qui a qualité pour agir et un intérêt juridiquement protégé à son annulation ou à sa modification (art. 104 al. 1 let. b, 118 al. 1 et 382 al. 1 CPP), et avoir été formé pour violation du CPP, comme la loi l'y autorise (art. 393 al. 2 let. a CPP).

2. Dans un moyen qu'il convient d'examiner en premier lieu, le recourant invoque une violation du principe de célérité.

2.1. L'art. 29 al. 1 Cst. consacre le principe de la célérité, ou, en d'autres termes, prohibe le retard injustifié à statuer. Viole la garantie ainsi accordée l'autorité qui ne rend pas une décision qu'il lui incombe de prendre dans le délai prescrit par la loi ou dans le délai que la nature de l'affaire et les circonstances font apparaître comme raisonnable (ATF 130 I 312 consid. 5.1 p. 331 ; 119 Ib 311 consid. 5 p. 323 et les références citées). Pour déterminer la durée raisonnable, il y a lieu de se fonder sur des

éléments objectifs. Doivent notamment être pris en compte le degré de complexité de l'affaire, l'enjeu que revêt le litige pour l'intéressé ainsi que le comportement de ce dernier et des autorités compétentes (ATF 130 I 312 consid. 5.2 p. 332 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_590/2012 du 13 mars 2013 consid. 3.1).

2.2. En l'espèce, on ne voit pas que le délai pris par le Ministère public pour rendre l'ordonnance querellée soit excessif. Il ne pouvait être exigé de lui qu'il statuât encore avant l'audition du recourant, soit 3 semaines après le dépôt formel de la demande, avec ses justificatifs. Deux mois ont séparé celui-ci du prononcé querellé. Dans une cause où le recourant relève que des audiences d'instruction ne se sont pas tenues dans l'intervalle et où il n'a pas encore accès au dossier, une telle durée est raisonnable. Le moyen est infondé.

3. Le recourant invoque une violation de l'art. 136 al. 1 CPP et se prévaut de l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_355/2012, précité, du 12 octobre 2012.

3.1. À teneur de l'art. 136 al. 1 CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles lorsqu'elle est indigente (let. a) et que l'action civile ne paraît pas vouée à l'échec (let. b). L'assistance judiciaire gratuite en faveur de la partie plaignante est limitée à un but précis, à savoir de permettre à cette partie de faire valoir ses prétentions civiles. Lorsque, comme à Genève (arrêt du Tribunal fédéral 1B_729/2012 du 28 mai 2013 consid. 1.1), une collectivité publique assume une responsabilité exclusive de toute action directe contre le policier auteur de l'acte illicite présumé, exercer l'action civile par adhésion à la procédure pénale est exclu, et une telle action doit être considérée comme vouée à l'échec (« *aussichtslos* »), au sens de l'art. 136 al. 1 let. b CPP (arrêt du Tribunal fédéral 1B_355/2012 du 12 octobre 2012 consid. 4). En effet, dans ce cas, la victime n'a pas de prétention civile à faire valoir contre l'auteur allégué, mais contre l'État ; selon la jurisprudence constante, une telle prétention ne peut pas être invoquée dans le procès pénal par voie d'adhésion (ATF 138 IV 86 consid. 3.1 p. 88).

3.2. En revanche, lorsque la partie plaignante allègue être victime, comme en l'espèce, d'actes de violence de la part d'agents de l'État, elle peut fonder son droit à l'assistance judiciaire directement sur l'art. 29 al. 3 Cst., dans la mesure où elle est dans le besoin et que ses griefs ne sont pas dénués de chances de succès (arrêt du Tribunal fédéral 1B_355/2012 du 12 octobre 2012 consid. 5.2). Ainsi en va-t-il lorsqu'elle s'en prend à un classement, que la cause soulève des questions factuelles et juridiques échappant à un profane et qu'il ne peut être attendu d'elle qu'elle se défende seule : son intérêt à la continuation de la poursuite pénale suffit alors, même si son action civile est, en tant que telle, vouée à l'échec (arrêt précité, consid. 5.5). Cet arrêt tranche le droit à l'assistance judiciaire en instance (cantonale) de recours (arrêt précité, consid. 1.3, 5 *in initio* et 6). Toute victime d'une intervention de l'État qui peut valablement invoquer la protection de l'art. 3 CEDH bénéficie d'une protection complète, non strictement limitée à des droits procéduraux, mais s'étendant également

au fond de la cause ; elle peut ainsi contester toute décision qui refuse d'ouvrir une instruction à l'égard d'un policier, qui classe une telle poursuite ou qui prononce l'acquittement de l'agent (arrêt du Tribunal fédéral 6B_569/2012 du 2 mai 2013 consid. 1.4).

3.3. Les autres arrêts, publiés ou non, du Tribunal fédéral, que cite le recourant, traitent la question sous l'angle de la qualité pour recourir au Tribunal fédéral, au sens de l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF. Comme le relève le Procureur général, aucun ne revient à ériger un droit automatique à une défense gratuite pendant l'instruction, sitôt que la partie plaignante allègue être victime d'un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'art. 3 CEDH, *i.e.* pour, déjà, simplement participer à la procédure pénale en tant que demandeur au pénal (art. 118 al. 1 et 119 al. 2 let. a CPP). Il y aurait contradiction avec la jurisprudence qui veut que l'octroi d'une défense d'office suppose une appréciation concrète de la situation tant au regard des difficultés de la cause que de la situation personnelle de la victime (ATF 131 I 350 consid. 2.4. p. 354 ; 128 I 225 consid. 2.5.2 p. 232 ; 123 I 145 consid. 2b/cc p. 147). Il y aurait, aussi, contradiction avec la volonté du législateur, qui a sciemment limité l'octroi de l'assistance judiciaire aux cas où le plaignant peut faire valoir des prétentions civiles et qui a tenu compte du fait que le monopole de la justice répressive est par principe exercé par l'État, de sorte que l'assistance judiciaire de la partie plaignante se justifie « *en priorité* » pour faire valoir ses conclusions civiles (arrêt du Tribunal fédéral 1B_619/2011 du 31 mai 2012 consid. 2.1).

3.4. Dans les arrêts de la Chambre de céans cités par le Ministère public dans ses observations, et notamment celui du 7 mai 2013 (ACPR/195/2013), la question n'a pas été tranchée non plus. Dans cette décision, le recours a été déclaré recevable pour les mêmes motifs qu'en l'espèce (consid. 1 *supra*) ; il a, en revanche, été rejeté sur le fond, au motif que le recourant était en mesure de se défendre sans la désignation d'un conseil juridique gratuit, tant en raison de sa formation professionnelle que de l'étroite connexité du mauvais traitement allégué avec les faits qui lui étaient reprochés par ailleurs. Autrement dit, les conditions de l'art. 136 al. 2 let. c CPP n'étaient pas réunies.

3.5. Sous peine de vider de son sens l'art. 136 al. 1 CPP, il paraît difficile de postuler que, dans les cas où elle se plaint de violence policière, la partie plaignante serait, pendant l'instruction, soumise à la seule condition de l'indigence (let. a) et, en quelque sorte, exemptée de la condition portant sur l'issue prévisible de son action civile (let. b) ou de celle sur la nécessité d'être assistée par un conseil juridique gratuit (art. 136 al. 2 let. c CPP).

En outre, la décision querellée ne porte pas atteinte aux droits conférés au recourant par l'art. 3 CEDH, à savoir le droit à une enquête effective, prompte et impartiale, ainsi que le droit d'accès au juge pour faire contrôler la façon dont elle a été menée ou conclue, lorsque l'auteur présumé n'est pas poursuivi (ATF 138 IV 86 consid. 3.1.1 p. 88), car une procédure a effectivement été ouverte, l'enquête n'est pas terminée et le droit du recourant de contester ultérieurement toute décision qui y mettrait un terme sans renvoi

en jugement ni ordonnance pénale n'est pas affecté, non plus que son droit de solliciter pour ce faire la désignation d'un conseil juridique gratuit. Contrairement à ce qu'affirme le recourant, l'ordonnance querellée ne revient pas à limiter ce droit aux seules causes dépourvues de chances de succès, puisque c'est précisément de l'appréciation de celles-ci, et notamment de la probabilité plus élevée d'obtenir gain de cause que de succomber (ATF 129 I 129 consid. 2.3.1 p. 135), que découlerait, s'il y a lieu, la désignation d'un conseil juridique gratuit pour la phase de recours, de la même façon que dans l'arrêt 1B_355/2012.

Le principe d'égalité des armes (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *CPP, Code de procédure pénale*, Bâle 2013, n. 13 ad art. 136) ne saurait, non plus, vider de sa substance la disposition de droit fédéral précitée, qui expose précisément les conditions auxquelles la partie plaignante peut se voir octroyer un conseil juridique gratuit. Si ces conditions ne sont pas remplies, la partie en question ne peut pas prétendre à un conseil gratuit au seul motif que le prévenu est assisté d'un avocat (arrêt du Tribunal fédéral 1B_702/2011 du 31 mai 2012 consid. 3.2).

3.6. Dès lors que toute assistance judiciaire gratuite est exclue lorsque la partie plaignante entend ne participer à la procédure que pour l'aspect pénal (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (CPP) du 21 décembre 2005, FF 2006 1160), on doit, plutôt, se demander s'il devrait en aller de même lorsque la partie plaignante n'entendait pas se limiter à cet aspect, mais qu'elle y est contrainte, parce que la voie de l'action civile par adhésion lui est fermée.

3.6.1. À cet égard, le Tribunal fédéral a jugé qu'on ne pouvait pas présumer qu'en édictant l'art. 136 CPP, le législateur voulait refuser, de manière générale, l'assistance judiciaire à la victime présumée d'actes de violence étatique, lorsque celle-ci ne voulait ou ne pouvait exercer l'action civile par adhésion à la procédure pénale (« *nicht adhäsionsweise privatrechtliche Ansprüche geltend machen will oder kann* » ; arrêt 1B_355/2012, précité, consid. 5.1), et que la formulation du passage précité du Message (qui, comporte, dans la version allemande, l'ajout du terme mitigatif « *grundsätzlich* ») impliquait que le législateur ne voulait ni ne pouvait exclure d'autres cas de figure, dans lesquels cette victime pourrait, exceptionnellement, prétendre à l'assistance judiciaire gratuite directement sur la base de l'art. 29 al. 3 Cst. (*ibid*).

3.6.2. Sous cet angle, le grief est fondé (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung*, Basler Kommentar StPO/JStPO, Bâle 2011 n. 4 ad art. 136). Si l'art. 136 CPP devrait être interprété dans le sens que la partie plaignante est astreinte à déposer des conclusions civiles en parallèle à l'action pénale, mais que le choix lui est laissé d'agir devant la juridiction civile, pénale ou administrative (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 25 ad art. 136), *a fortiori* faut-il admettre qu'elle peut prétendre au bénéfice de l'assistance judiciaire, lorsque, comme en l'espèce, le droit cantonal ne lui laisse pas d'autre choix que la voie administrative et que, comme en l'espèce, elle l'a

empruntée. En effet, sans qu'on puisse parler de litispendance administrative, il est de fait que le recourant a d'ores et déjà demandé, séparément, une indemnisation à l'État. On se trouve donc dans une de ces situations exceptionnelles réservées par le Tribunal fédéral, à savoir que le recourant peut invoquer directement l'art. 29 al. 3 Cst. pour demander à bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite pendant l'instruction de sa plainte. Le recourant invoque donc à juste titre l'arrêt 1B_355/2012, et le recours est fondé sur ce point.

4. Il n'en résulte pas encore que sa demande devrait d'ores et déjà être admise. Le Ministère public ne s'est, en effet, pas prononcé sur les autres conditions de l'art. 136 CPP, à savoir l'indigence du recourant et la nécessité de l'assistance d'un avocat. Il convient, par conséquent, de lui renvoyer la cause pour qu'il statue sur ces points (art. 397 al. 2 CPP).
5. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis partiellement, et ce, sans suite de frais, au sens de l'art. 20 du Règlement du 28 juillet 2010 sur l'assistance judiciaire et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (RAJ; E 2 05.04) (arrêt du Tribunal fédéral 6B_122/2013 du 11 juillet 2013 consid. 5.2).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit le recours formé par A. _____ contre l'ordonnance de refus d'assistance judiciaire rendue le 2 juillet 2013 par le Ministère public.

L'admet partiellement, annule ladite ordonnance et renvoie la cause au Ministère public, pour nouvelle décision au sens des considérants.

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

Siégeant :

Messieurs Christian COQUOZ, président ; Louis PEILA et Christian MURBACH, juges ; Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :
Sandro COLUNI

Le président :
Christian COQUOZ

Indication des voies 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.