REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/7657/2022 **ACPR/785/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 9 novembre 2022

Entre

A_____, sans domicile connu, comparant par M^e^ B_____, avocate, _____, Genève,

recourant,

contre l'ordonnance de refus de nomination d'avocat d'office rendue le 20 septembre 2022 par le Tribunal de police,

et

LE TRIBUNAL DE POLICE, rue des Chaudronniers 9, 1204 Genève - case postale 3715, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

A. Par acte expédié le 3 octobre 2022, A_____ recourt contre l'ordonnance du 20 septembre 2022, notifiée le lendemain, par laquelle le Tribunal de police a refusé d'ordonner sa défense d'office.

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, préalablement à la désignation de M^e^ B_____ en qualité de défenseur d'office devant l'instance de recours, et principalement, à l'annulation de l'ordonnance querellée et à ce que sa défense d'office soit ordonnée et M^e^ B_____ nommée à cette fin.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 4 avril 2020, A_____ a été interpellé par la police, à la rue de Hollande, à Genève, pour avoir tenté de dérobé le sac de C_____ se trouvant dans son véhicule stationné.

Il lui est également reproché d'avoir persisté à séjourner sans droit sur le territoire suisse au mépris de deux mesures d'expulsion judiciaire de Suisse, entrées en force.

Dans sa plainte, C_____ a déclaré que la vitre de son véhicule était ouverte et qu'un individu, qu'elle n'avait pas vu, avait fouillé à l'intérieur sans rien prendre.

b. Entendu par la police, le même jour, A_____ a pris connaissance de ses droits et n'a pas souhaité la présence d'un avocat.

Il a reconnu avoir fouillé le sac de la plaignante se trouvant dans le véhicule sans y avoir rien pris. Il se savait faire l'objet d'une expulsion judicaire valable jusqu'au 8 février 2024.

c. Le 12 avril 2022, il a formé opposition à l'ordonnance pénale rendue le 5 précédent par le Ministère public, le déclarant coupable de rupture de ban (art. 291 al. 1 CP) et de tentative de vol (art. 22 *cum* 139 ch. 1 CP) et le condamnant à une peine privative de liberté de 180 jours.

d. Lors de l'audience sur opposition du 29 avril 2022, A_____ s'est présenté sans avocat et a renoncé à solliciter la désignation d'un défenseur d'office. La plaignante, excusée, n'était pas présente. Il a déclaré n'avoir rien volé dans le sac, mais avoir agi par curiosité. Il avait fait opposition parce qu'il considérait la peine excessive.

À l'issue de l'audience, le Ministère public a maintenu l'ordonnance pénale et transmis la procédure au Tribunal de police.

e. Par courrier du 5 septembre 2022 au Tribunal, A_____ a sollicité la nomination d'office de M^e^ B_____ pour sa défense vu son indigence manifeste et la gravité de la peine fixée à 6 mois de peine privative de liberté.

f. Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, A_____, né en 1975 et de nationalité syrienne, a été condamné à 10 reprises, entre le 27 novembre 2015 et le 19 janvier 2022, notamment pour ruptures de ban, vols, délits contre la LStup et à la LEI.

Le Tribunal de police a prononcé, le 7 mars 2019, l'expulsion judiciaire (art. 66a bis CP) de l'intéressé pour une durée de 5 ans et, le 2 juillet 2020, pour une durée de 20 ans (art. 66a CP).

C. Dans son ordonnance querellée, le Tribunal de police relève que l'indigence du prévenu paraissait vraisemblable et que l'affaire n'était pas de peu de gravité, au vu des propositions de sanctions du Ministère public. Toutefois, la cause ne présentait pas de difficultés particulières juridiques ou de fait justifiant le concours d'un avocat. A_____ était donc à même de se défendre efficacement seul, ce qu'il avait fait lors de la procédure préliminaire, étant souligné qu'il avait déjà été confronté à de nombreuses reprises à la justice pénale par le passé et n'était donc pas dénué de toute expérience en la matière.

D. **a.** Dans son recours, A_____ allègue la violation de l'art. 132 CPP et la violation du droit à une défense effective, garanti par l'art. 6 § 3 let. c CEDH.

La procédure présentait des difficultés de fait et de droit qu'une personne sans formation juridique ne pouvait soulever sans l'intervention d'un conseil juridique. La situation factuelle devait encore être établie lors de l'audience de jugement. L'ordonnance pénale violait la présomption d'innocence et le principe *in dubio pro reo*, dès lors qu'il avait été condamné pour tentative de vol sans que les objets prétendument contenus dans le sac de la plaignante d'une valeur supérieure à CHF 300.- soient déterminés; le doute devant lui profiter, seule une tentative de vol portant sur un élément patrimonial de faible valeur, soit une infraction impunissable (art. 22, 103, 105 al. 2 et 172ter CP).

En outre, il conteste le genre et la quotité de la peine infligée, s'appuyant sur un arrêt du Tribunal fédéral (6B_1398/2020 du 10 mars 2021) qui commanderait qu'une peine privative de liberté ne soit pas prononcée dans les cas de rupture de ban (art. 291 CP) lorsque les autorités en charge de l'expulsion d'une personne n'ont pas mis en œuvre les mesures nécessaires pour exécuter le renvoi, ce qui était le cas en l'espèce.

Enfin, il avait déjà été condamné à plusieurs reprises pour des infractions liées à son séjour irrégulier. L'infraction reprochée ici constituant un délit continu (ATF 145 IV 449), il entendait requérir une peine d'ensemble de même genre bien plus clémente.

b. Dans ses observations, le Tribunal de police s'est référé à son ordonnance sans autres observations.

c. Le recourant a renoncé à répliquer.

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 estime réunir la condition de l'indigence pour une défense d'office.

2.1. 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. La défense d'office aux fins de protéger les intérêts du prévenu se justifie notamment lorsque l'affaire n'est pas de peu de gravité et qu'elle présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne pourrait pas surmonter (art. 132 al. 2 CPP), ces deux conditions étant cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 1B_229/2021 du 9 septembre 2021 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_194/2021 du 21 juin 2021 consid. 3.1). En tout état de cause, une affaire n'est pas de peu de gravité lorsque le prévenu est passible d'une peine privative de liberté de plus de quatre mois ou d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende (art. 132 al. 3 CPP).

Pour déterminer si l'infraction reprochée au prévenu est ou non de peu de gravité, ce n'est pas la peine-menace encourue abstraitement, au vu de l'infraction en cause, qui doit être prise en considération mais la peine raisonnablement envisageable, au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 143 I 164 consid. 2.4.3 et 3 p. 169 ss).

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'exposer en détail la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la Directive 2008/115/CE, à laquelle il peut donc y être renvoyé. La Directive précitée pose le principe de la priorité des mesures de refoulement sur le prononcé d'une peine privative de liberté du

ressortissant d'un pays tiers qui est en séjour illégal. Un tel genre de peine ne peut entrer en ligne de compte que lorsque toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour ont été entreprises. Le Tribunal fédéral a également considéré que les principes dégagés de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, examinés sous l'angle de l'art. 115 al. 1 let. b LEI, devaient être transposés à la rupture de ban au sens de l'art. 291 CP. Se référant à la jurisprudence européenne, le Tribunal fédéral a considéré que la Directive 2008/115/CE n'était pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui avaient commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs autres délits en dehors du droit pénal sur les étrangers (ATF 147 IV 332 consid. 1.1 et ss; arrêt du Tribunal fédéral 6B_275/2022 du 2 septembre 2022 consid. 1.1.2).

2.2. En l'espèce, le Tribunal de police a admis que le recourant était vraisemblablement indigent.

Par l'ordonnance pénale ce dernier a été condamné à une peine privative de liberté de 180 jours, de sorte que l'on se trouve en présence d'un cas qui n'est pas de peu de gravité au sens de l'art. 132 al. 3 CPP.

S'agissant du critère de la complexité de la cause, le prévenu est poursuivi une nouvelle fois pour rupture de ban, après plusieurs infractions à la LEI, de sorte que l'application de la Directive sur le retour doit être analysée, conformément à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, le recourant entendant, en outre, contesté la tentative de vol voire sa punissabilité, et plaider le délit continu qu'est la rupture de ban.

Il en résulte que la cause présente également une complexité sur le plan juridique que le recourant ne peut surmonter sans l'aide d'un défenseur.

Il convient dès lors qu'il soit assisté d'un conseil juridique.

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 désigne M^e^ 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. Les frais de la procédure de recours resteront à la charge de l'État (art. 20 RAJ).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours et annule l'ordonnance attaquée.

Désigne M^e^ B_____ comme défenseur d'office de A_____ dès le 5 septembre 2022.

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 Tribunal de police.

Siégeant :

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

Le greffier :	La présidente :
Julien CASEYS	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).