REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/9695/2020 **ACPR/367/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 7 juin 2021

Entre

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

recourant,

contre l'ordonnance rendue le 23 février 2021 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 8 mars 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 23 février 2021, notifiée le 26 suivant, par laquelle le Ministère public a constaté le retrait de l'opposition qu'il avait formée contre l'ordonnance pénale du 1er juillet 2020.

Le recourant conclut, préalablement, au constat de la violation de son droit d'être entendu, et, principalement, à l'annulation de l'ordonnance précitée et au renvoi de la cause au Ministère public.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 5 juin 2020, C_____, soi-disant né en 2003, a été entendu par le Juge des mineurs, en qualité de prévenu de brigandage (art. 140 ch. 1 al. 2 CP) et d'entrée et séjour illégaux (art. 115 al. 1 let. a LEI).

Il lui était notamment reproché d'avoir, le 31 mai 2020, avec un acolyte, arraché le téléphone portable des mains d'un homme et pris la fuite, puis d'avoir frappé la victime, qui l'avait poursuivi et rattrapé.

Il a contesté les faits.

À la police, il avait mentionné, la veille, être arrivé en Suisse huit mois plus tôt et ne pas y avoir d'adresse de notification. Son téléphone portable a été saisi (PP B-177).

b. Lors de l'audience ultérieure, du 30 juin 2020, C_____, confronté aux renseignements de police à teneur desquels il était connu en France sous treize identités et dates de naissances différentes, a admis que son vrai nom était A_____ et sa véritable date de naissance le _____ 1999. Il a pris note que la procédure serait transmise au Ministère public et dit qu'il se rendrait en Italie à sa libération.

Le Juge des mineurs s'est dessaisi de la procédure, par ordonnance du même jour.

c. Par ordonnance pénale du 1er juillet 2020, A_____, alias C_____, a été condamné par le Ministère public à 180 jours de peine privative de liberté, sous déduction de 17 jours de détention avant jugement, pour vol (art. 139 ch. 1 CP), lésions corporelles simples (art. 123 ch. 1 al. 1 CP), dommages à la propriété (art. 144 al. 1 CP), recel (art. 160 ch. 1 al. 1 CP) et infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEI. Son téléphone portable a été confisqué (ch. 7 du dispositif).

L'ordonnance a été notifiée le 1er juillet 2020, par le commissaire de police.

d. Le même jour, A_____ s'est par ailleurs vu notifier une décision de renvoi de Suisse prise par l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après, OCPM), ainsi qu'une interdiction de pénétrer le canton de Genève.

e. Par lettre du 13 juillet 2020, M^e^ B_____ s'est constituée pour la défense des intérêts de A_____. Elle a produit une procuration signée par ce dernier le 2 juillet 2020. Pour le compte de son client, elle a formé opposition à l'ordonnance pénale et sollicité le bénéfice de la défense d'office, qui a été accordée.

f. Le Ministère public a notifié à A_____, chez son défenseur d'office, des mandats de comparution aux audiences des 27 août et 4 novembre 2020, ainsi que 19 janvier 2021. Ces trois audiences ont par la suite été annulées.

g. Dans l'intervalle, le Ministère public a, le 13 novembre 2020, élargi l'instruction à D_____, soupçonné d'avoir agi de concert avec A_____ lors des faits du 31 mai 2020.

h. Les prévenus ont été cités à comparaître à l'audience du 11 février 2021 devant le Ministère public. Le mandat de comparution a été notifié chez le défenseur d'office de A_____.

i. Le 11 février 2021, D_____, amené de la prison de E_____, était présent. A_____ n'a pas comparu. M^e^ B_____ a expliqué qu'après s'être vu notifier la décision de renvoi et une interdiction de pénétrer le canton de Genève, le 1^er^ juillet 2020, son client avait dû quitter le territoire dans les 24 heures. Elle n'avait plus eu de ses nouvelles.

j. À l'issue de l'audience, le Ministère public a informé les parties qu'il envisageait de clore l'instruction et les a invitées à formuler leurs éventuelles réquisitions de preuve.

k. Par lettre du 19 février 2021, le conseil de A_____ a requis la disjonction de la procédure, afin que le précité puisse être joint par le mandat de comparution.

l. Renvoyé en jugement devant le Tribunal de police, D_____ a été jugé et condamné, le 26 mars 2021.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public a constaté le défaut, à l'audience du 11 février 2021, de A_____, dûment convoqué chez son conseil. En application de l'art. 355 al. 2 CPP, son opposition à l'ordonnance pénale était ainsi réputée retirée.

D. **a.** Dans son recours, A_____ expose, par son défenseur, s'être rendu le 2 juillet 2020 à la permanence juridique, où il avait signé une procuration en faveur de son avocate, à qui il avait déclaré vouloir contester plusieurs faits retenus par l'ordonnance pénale. Sommé de quitter le territoire suisse dans les 24 heures, il s'était conformé à l'injonction, pour ne pas demeurer en situation d'infraction. Son téléphone portable ayant été confisqué dans le cadre de la procédure pénale, son conseil n'avait pas été en mesure de le joindre et, par conséquent, de l'informer de l'existence des mandats de comparution ni des conséquences d'une non-comparution à l'audience. Arrivé en Suisse comme jeune migrant non accompagné, il se trouvait

dans une extrême précarité. Il ne connaissait pas le déroulement d'une procédure pénale devant le Ministère public, ne parlait pas le français et ignorait les conséquences d'un défaut. Il avait été sans sa faute empêché de comparaître. En application du principe de l'interdiction de la double fiction, le défaut à l'audience ne pouvait, ici, aboutir au retrait (fictif) de son opposition à l'ordonnance pénale, ce que mentionnait d'ailleurs clairement la Directive C6 du Procureur général. Il convenait donc de retourner la cause au Ministère public pour qu'il suspende la procédure ou renvoie le dossier au Tribunal de police.

b. Le Ministère public conclut au rejet du recours. Le fait de convoquer une nouvelle audience sur opposition ou de convoquer le prévenu par la Feuille d'avis officielle "*ne permettrait pas de pallier à son renvoi*" (sic).

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. **2.1.** Selon l'art. 355 CPP, en cas d'opposition à l'ordonnance pénale, le ministère public administre les autres preuves nécessaires au jugement de l'opposition (al. 1). Si l'opposant, sans excuse, fait défaut à une audition malgré une citation à comparaître, son opposition est réputée retirée (al. 2).

2.2. Compte tenu de l'importance fondamentale de l'opposition, la fiction de son retrait posée à l'art. 355 al. 2 CPP doit toutefois être interprétée de manière restrictive (ATF 140 IV 82 consid. 2.3 p. 84; arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2013 du 27 mai 2013, consid. 4.5). Il faut que le prévenu ait eu une connaissance effective de la convocation à l'audience et des conséquences du défaut, l'abus de droit étant réservé (ATF 140 IV 82 consid. 2.7 p. 86; arrêt 6B_397/2015 du 26 novembre 2015 consid. 1.2). En outre, la fiction légale du retrait de l'opposition ne peut s'appliquer que si l'on peut déduire du défaut non excusé un désintérêt pour la suite de la procédure pénale (ATF 140 IV 86 consid. 2.6; 140 IV 82 consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2013 précité consid. 4.5.4).

2.3. La Directive C6 du Procureur général relative à l'ordonnance pénale prévoit, au paragraphe 12.4 let. e, que "*lorsque le prévenu n'a pas de domicile connu, ni de résidence habituelle et qu'il fait élection de domicile chez un avocat, l'article 355 al. 2 CPP n'est pas applicable lorsque l'avocat allègue ne pas avoir pu joindre son client (Arrêt TF du 3 août 2016 dans la cause 6B_552/2015)*".

2.4. En l'espèce, le prévenu n'a pas de domicile connu en Suisse ou à l'étranger. Le jour où il a reçu notification de l'ordonnance pénale, le 1er juillet 2020, il s'est également vu notifier une décision de refus d'entrée en Suisse et une interdiction de pénétrer le canton de Genève. Le lendemain, il a constitué une avocate, laquelle a obtenu pour lui une défense d'office et a formé opposition à l'ordonnance pénale. Elle allègue ne pas avoir réussi à le joindre depuis, le téléphone portable de son client ayant été séquestré, ce qui résulte des pièces au dossier.

Dans la mesure où le mandat de comparution à l'audience du 11 février 2021 a été notifié chez le défenseur du recourant, il n'est pas établi que ce dernier aurait eu une connaissance effective de la convocation, ni des conséquences d'un éventuel défaut, sans qu'un abus de droit ne puisse être suspecté au vu du contexte. Il est en effet plausible que le recourant ait quitté la Suisse par suite des décisions susmentionnées, ce d'autant qu'il avait fait part au Juge des mineurs de son intention de se rendre en Italie après sa libération.

Partant, la fiction du retrait de l'opposition à l'ordonnance pénale, au sens de l'art. 355 al. 2 CPP, ne peut pas trouver application ici, comme le prévoit d'ailleurs la Directive C6 du Procureur général susmentionnée.

3. Le recours sera dès lors admis et la cause retournée au Ministère public pour qu'il procède conformément à l'art. 12.5 de la Directive précitée ou, si les conditions ne devaient selon lui pas être remplies, qu'il entame des recherches pour localiser le lieu de séjour du prévenu (art. 88 al. 1 CPP) ou encore, s'il suspecte sa présence sur le territoire suisse, qu'il le place sous avis de recherche et d'arrestation.

4. L'admission du recours dispense la Chambre de céans d'examiner le grief tiré de la violation du droit d'être entendu.

5. Le présent arrêt sera rendu sans frais (art. 428 al. 1 CPP).

6. Il n'y a pas lieu d'indemniser à ce stade (cf. art. 135 al. 2 CPP) le défenseur d'office, qui ne l'a du reste pas demandé.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Annule l'ordonnance querellée et retourne 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.

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

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	La présidente :
Arbenita VESELI	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).