REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/15651/2021 **ACPR/3/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 6 janvier 2022

Entre

L'OFFICE FÉDÉRAL DU SERVICE CIVIL CIVI, Organe central, Malerweg 6, 3600 Thoune, comparant en personne,

recourant,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 20 octobre 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 28 octobre 2021, l'Office fédéral du service civil CIVI (ci-après : CIVI) recourt contre l'ordonnance du 20 octobre 2021, expédiée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur les faits dénoncés contre A_____.

Le recourant conclut à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi de la cause au Ministère public pour qu'il "*statue à nouveau*".

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____, né le _____ 1988, a été admis au service civil par décision de l'Organe d'exécution du service civil ZIVI (lequel a été remplacé par CIVI au 1er janvier 2019 [RO 2018 4573]) du 4 février 2017, pour une durée totale de 354 jours de service.

b. Par décision du 23 juillet 2020, A_____ a été convoqué d'office à une affectation de 26 jours de service, du 16 novembre au 11 décembre 2020, auprès de l'EMS C_____.

c. À partir du lundi 16 novembre 2020, et jusqu'au vendredi 20 novembre 2020, A_____ s'est régulièrement présenté à la C_____.

L'établissement a ensuite signalé au centre régional de Lausanne (ci-après : le centre régional) que A_____ avait été absent toute la semaine suivante (du 23 au 27 novembre 2020) pour cause de maladie, sans avoir fourni de justificatif. Le 27 novembre 2020, le centre régional a atteint la mère de A_____ par téléphone, qui a expliqué que son fils était en isolement pour cause de Covid-19 et devait faire un test de dépistage le jour même. Le centre régional a demandé des justificatifs.

d. Début décembre 2020, la C_____ a fait parvenir au centre régional un décompte des jours effectués par A_____ en novembre 2020, dont il ressort que ce dernier était bien absent pour maladie toute la semaine du 23, mais qu'il était à nouveau présent le lundi 30 de ce mois.

e. Le 4 décembre 2020, le centre régional a constaté l'absence de A_____ durant cinq jours et lui a demandé de lui envoyer un certificat médical ou une attestation d'isolement d'ici au 11 décembre suivant. En vertu de l'ordonnance sur le service civil (OSCi ; RS 824.01), il était en effet tenu de présenter un certificat médical en cas d'absence de plus d'un jour. Faute de justificatif, le centre se réservait le droit de prendre des mesures disciplinaires ou pénales.

f. Le 14 décembre 2020, la C_____ a informé le centre régional que A_____ ne s'était plus présenté depuis le 30 novembre précédent. Elle avait essayé de le contacter, sans succès.

g. Le 19 janvier 2021, CIVI a ouvert une procédure disciplinaire contre A_____, dont les manquements pouvaient être considérés comme de multiples insoumissions au service civil au sens de l'art. 73 de la loi fédérale sur le service civil (LSC ; RS 824.0). S'il pouvait prouver au moyen d'un certificat médical ou démontrer de manière crédible que ses absences étaient effectivement dues à une incapacité de travail pour cause de maladie, elles ne seraient pas considérées comme de multiples insoumissions au sens de l'art. 73 LSC, mais comme des manquements à l'obligation de fournir un certificat médical inscrite à l'art. 76 al. 3 OSCi. Un délai au 1er février 2021 était accordé à A_____ pour qu'il prenne position sur ces faits. En l'absence de réponse du prénommé, ce délai a été prolongé au 29 mars 2021.

h. Le 10 août 2021, CIVI a dénoncé les faits au Ministère public, précisant que, par ordonnance pénale du 25 avril 2017, A_____ avait déjà été condamné pour insoumission au service civil (art. 73 LSC). En l'espèce, des infractions aux art. 73 et 74 LSC pouvaient être réalisées. Comme A_____ avait choisi de ne pas prendre position, il n'était pas possible de connaître les motifs à la base de son comportement et, partant, de qualifier son cas de mineur au sens des art. 73 al. 3 et 74 al. 3 LSC, ce qui aurait permis de prononcer une mesure disciplinaire seulement.

i. À réception de la dénonciation, le Ministère public a transmis le dossier à la police qui, le 28 septembre 2021, a entendu A_____ en qualité de prévenu. Ce dernier a déclaré qu'il disposait d'un certificat médical justifiant son absence au service civil. Il ne l'avait pas transmis au centre régional car il avait de la peine à gérer ses affaires administratives. Il en remettait une copie à la police.

j. Annexé au procès-verbal d'audition figure effectivement un certificat médical, établi le 30 novembre 2020 par le Dr B_____, dont il ressort que A_____ présentait une incapacité de travail à 100% du 23 novembre au 11 décembre 2020, pour cause de maladie.

C. Dans sa décision querellée, le Ministère public fait référence à l'audition de A_____ en qualité de prévenu d'infraction aux art. 73 ss LSC pour s'être soustrait au service civil entre le 23 novembre et le 11 décembre 2020. Le prénommé avait produit un certificat médical attestant de son incapacité de travail à 100% pendant ladite période. La non-entrée en matière se justifiait par application des art. 73 al. 5 et 74 al. 4 LSC.

D. **a.** À l'appui de son recours, CIVI se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, compris comme le droit à obtenir une décision motivée. Le Ministère public

n'avait pas suffisamment motivé les raisons pour lesquelles il considérait que les éléments constitutifs de l'infraction n'étaient pas remplis, ce d'autant plus que les art. 73 al. 5 et 74 al. 4 LSC concernaient les astreints ayant été libérés du service civil avant terme. Or tel n'était pas le cas de A_____. Par ailleurs, d'autres dispositions que les art. 73 et 74 LSC pouvaient entrer en ligne de compte, notamment l'art. 75 LSC. Enfin, bien que convoqué d'office à une nouvelle affectation du 23 août au 23 septembre 2021, A_____ ne s'était pas présenté les 16, 20 et 23 septembre 2021, sans donner d'explication. Ces manquements feraient l'objet d'une nouvelle dénonciation.

b. Dans ses observations, le Ministère public explique que A_____ avait produit un certificat de travail attestant de son incapacité de travail à 100% aux dates auxquelles il devait effectuer son service civil. En l'absence de faute, les conditions des art. 72 à 74 LSC n'étaient pas réalisées. Vu l'incapacité de travail, il ne pouvait être exigé de A_____ qu'il se déplaçât au sens de l'art. 75 LSC. Si un manquement devait être constaté, il relèverait du cas disciplinaire (art. 75 al. 2 LSC).

c. CIVI réplique qu'en dépit des observations du Ministère public, les circonstances de l'ordonnance querellée restaient peu claires. En particulier, il n'était nulle part fait mention des raisons pour lesquelles A_____ n'avait jamais pris contact avec le centre régional ou la C_____ pour annoncer son absence. Malgré plusieurs demandes, le prénommé n'avait en outre pas remis de certificat médical avant d'être entendu par la police, alors qu'il y était tenu en vertu de l'art. 76 al. 2 et 3 OSCi. Par ailleurs, le Ministère public ne démontrait pas l'existence d'un cas mineur au sens de l'art. 75 al. 2 LSC, étant rappelé que A_____ n'avait donné aucune explication sur son comportement, avait déjà été condamné pour insoumission en 2017 et avait à nouveau manqué trois jours de service en 2021. En laissant penser aux civilistes qu'il ne fallait se préoccuper de rien et qu'il suffisait "*simplement*" de remettre un certificat médical à la police, le Ministère public donnait un "*signal ambigu*".

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et – faute de notification conforme à l'art. 85 al. 2 CPP – 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 dénonciateur qui, partie à la procédure (art. 104 al. 2 CPP), a qualité pour recourir contre la décision entreprise (art. 78*a* al. 2 LSC).

2. Le recourant se plaint du caractère insuffisamment motivé de l'ordonnance querellée.

2.1. Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 3 al. 2 let. c CPP, implique notamment, pour l'autorité, l'obligation de motiver sa décision, afin

que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et afin que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. L'autorité doit ainsi mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée (ATF 146 II 335 consid. 5.1 p. 341 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 p. 565 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_94/2021 du 29 septembre 2021 consid. 1.1).

Le droit d'être entendu est un grief d'ordre formel, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Une violation du droit d'être entendu peut toutefois être considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 137 I 195 consid. 2.2 et 2.3.2 p. 197 s.), ce qui est le cas pour l'autorité de recours (art. 391 al. 1 et 393 al. 2 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_574/2020 du 3 décembre 2020 consid. 4.1). Une telle réparation dépend de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 135 I 276 consid. 2.6.1 p. 285). Elle peut également se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1012/2020 du 8 avril 2021 consid. 1.1).

2.2. En l'espèce, la motivation de l'ordonnance querellée, certes brève, permet toutefois aisément de comprendre les faits reprochés au mis en cause (non-comparution au service civil entre le 23 novembre et le 11 décembre 2020), le résultat de l'investigation policière (audition de l'intéressé et production d'un certificat médical) et, enfin, les bases légales applicables (art. 73 al. 5 et 74 al. 4 LSC). Le fait que ces dispositions traitent en réalité d'une autre situation que celle du cas d'espèce ne relève pas d'une violation du droit d'être entendu mais, le cas échéant, de l'application erronée de la loi. On peut encore relever que, dans ses observations, le Ministère public s'est prononcé sur l'ensemble des dispositions légales invoquées par le recourant, de sorte que la violation du droit d'être entendu, pour peu qu'elle existât, serait de toute manière réparée devant la Chambre de céans, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Le grief sera rejeté.

3. Le recourant reproche au Ministère public de ne pas être entré en matière sur les faits qu'il avait dénoncés.

3.1. Selon l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière, notamment s'il ressort de la dénonciation ou du

rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis. Cette disposition doit être appliquée dans le respect de l'adage *in dubio pro duriore*. Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP) et signifie qu'en principe un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions de la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de trancher (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243 ; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91).

3.2.1. Les dispositions pénales de la LSC sont prévues aux art. 72 à 78*a* LSC. Parmi celles-ci figure notamment l'art. 73 LSC (Insoumission), qui punit d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus celui qui, sans avoir le dessein de refuser le service civil, omet de se présenter pour accomplir une période de service à laquelle il a été convoqué, quitte son établissement d'affectation sans autorisation ou n'y retourne pas après une absence justifiée (al. 1). Dans les cas mineurs, la personne fautive sera punie disciplinairement (al. 3). Sous réserve de l'art. 75, la personne fautive n'est pas punissable si, pour cause d'incapacité de travail, elle est libérée du service civil avant terme, et si cette incapacité de travail existait déjà au moment de l'insoumission (al. 5).

L'art. 74 al. 1 LSC (Insoumission par négligence) punit de l'amende la même abstention que celle de l'art. 73 al. 1 LSC, mais sous forme de négligence. Les al. 3 et 4 de l'art. 74 LSC ont la même teneur que les al. 3 et 5 de l'art. 73 LSC.

Selon l'art. 75 LSC (Inobservation d'une convocation au service civil), celui qui, sans s'être rendu coupable d'un refus de servir [art. 72 LSC], d'une insoumission simple [art. 73 LSC] ou d'une insoumission par négligence [art. 74 LSC], ne donne pas suite à une convocation au service civil, bien qu'il puisse se déplacer, sera puni d'une amende (al. 1). Dans les cas mineurs, la personne fautive sera punie disciplinairement (al. 2).

3.2.2. La procédure disciplinaire est réglée aux art. 67 à 71 LSC. Selon l'art. 67 LSC (faute disciplinaire), si la personne astreinte viole intentionnellement ou par négligence des obligations qui lui sont imposées par la présente loi ou par ses ordonnances d'exécution, l'organe d'exécution peut prendre une mesure disciplinaire à son égard, sous réserve des dispositions pénales prévues aux art. 72 à 78 LSC

(al. 1). L'organe d'exécution peut renoncer à prendre une mesure disciplinaire lorsqu'une admonestation et une mise en garde par l'établissement d'affectation suffisent (al. 2).

3.2.3. La Section 3 du Chapitre 4 de la LSC (art. 32 à 35 LSC) traite des devoirs envers les autorités et l'établissement d'affectation. L'art. 32 LSC instaure une obligation de s'annoncer et de fournir des renseignements, dont les modalités sont réglées par le Conseil fédéral (al. 1). Parmi ces dispositions d'exécution figure notamment l'art. 76 OSCi, qui traite de l'incapacité de travail. Cette norme prévoit que la personne astreinte communique sans délai au CIVI son impossibilité d'obéir à une convocation pour raisons de santé. Elle joint à sa communication un certificat médical (al. 1). La personne en service annonce sans délai à l'établissement d'affectation toute atteinte à sa capacité de travail pour cause de maladie ou d'accident (al. 2). Elle se procure un certificat médical qu'elle remet à l'établissement d'affectation dans les trois jours. Le choix du médecin est libre. Si l'affectation dure plus d'un jour, la personne en service ne doit présenter un certificat médical que si l'atteinte à sa capacité de travail dure plus d'un jour (al. 3). L'établissement d'affectation avise immédiatement le CIVI lorsque la durée probable de l'incapacité de travail dépasse cinq jours (al. 4). Il joint le certificat médical à la prochaine annonce des jours de service qu'il communique au CIVI (al. 5).

3.3. En l'espèce, l'ordonnance querellée, même si elle se fonde sur des dispositions qui ne sont pas topiques (art. 73 al. 5 et 74 al. 4 LSC, qui traitent de la personne libérée du service civil avant terme), est toutefois exempte de critique dans son résultat.

Les infractions dénoncées initialement par le recourant, soit les art. 73 al. 1 et 74 al. 1 LSC, punissent, sur un plan objectif, trois comportements distincts, soit l'omission de se présenter pour accomplir une période de service à laquelle l'astreint a été convoqué, le fait de quitter son établissement d'affectation sans autorisation et le fait de ne pas y retourner après une absence justifiée.

Il faut toutefois retenir que de tels comportements ne sont punissables que si la personne astreinte au service ne peut faire valoir aucun motif justificatif, ce que souligne déjà l'utilisation des termes "*absence justifiée*" aux art. 73 al. 1 et 74 al. 1 LSC *in fine*. Même s'ils ne sont pas directement applicables en l'espèce, les art. 73 al. 5 et 74 al. 4 LSC vont également dans ce sens, dès lors qu'ils expriment l'idée selon laquelle une incapacité de travail exclut toute infraction d'insoumission et constitue donc un motif justificatif. Cette interprétation est aussi confortée par les dispositions d'exécution de la LSC, qui prévoient la possibilité de demander le report du service pour des raisons de santé notamment (art. 44 ss OSCi, en particulier l'art. 46 al. 3 let. d OSCi) et instaurent des obligations d'annonce en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident (art. 76 OSCi). Enfin, le Tribunal

administratif fédéral, en sa qualité d'autorité de recours en matière disciplinaire (art. 63 et 66 let. a LSC), fait une lecture apparemment similaire des art. 73 et 74 LSC, puisqu'il semble admettre l'existence d'un motif justificatif pour raisons de santé, en présence d'un certificat médical (voir, *a contrario*, les arrêts B-4088/2017 du 22 septembre 2017 consid. 4.2.6 ; B-6262/2015 du 18 mars 2016 consid. 4.4 ; B-7168/2014 du 27 avril 2015).

Or tel est bien le cas en l'espèce, dès lors que le mis en cause paraît avoir annoncé les raisons de son absence (maladie) à l'établissement d'affectation (cf. le décompte des jours pour novembre 2020), et qu'il a ensuite produit, certes lors de son audition à la police seulement, un certificat médical établi au moment des faits, attestant de son incapacité de travail à 100%, toujours pour maladie, du 23 novembre au 11 décembre 2020, soit jusqu'au dernier jour de sa période d'affectation. Dans ces conditions, on ne saurait considérer que son absence ne reposait sur aucun motif justificatif.

Le recourant ne le conteste du reste pas véritablement, mais semble surtout reprocher à son astreint d'avoir tardé à fournir le certificat médical en question, alors que l'art. 76 al. 3 OSCi lui impartissait un délai de trois jours pour ce faire. On observe toutefois que les dispositions pénales examinées ici ne font aucunement référence à un tel délai, mais évoquent tout au plus une "*absence justifiée*". Rien ne permet d'affirmer qu'un certificat médical produit tardivement au sens de l'art. 76 OSCi ne constituerait plus un motif justificatif permettant d'exclure l'illicéité de l'infraction prévue à l'art. 73 ou 74 LSC. Le recourant lui-même ne prétendait d'ailleurs pas autre chose quand, dans son pli du 19 janvier 2021, il annonçait au mis en cause que si ce dernier pouvait prouver par certificat médical que son absence était due à une incapacité de travail, son comportement ne serait pas considéré comme une insoumission au sens de l'art. 73 LSC, mais uniquement comme un manquement à l'obligation prévue à l'art. 76 al. 3 OSCi. Le recourant ne peut désormais soutenir le contraire devant la Chambre de céans. En elle-même, la violation du devoir de fournir un certificat médical dans les trois jours constitue peut-être une faute disciplinaire au sens de l'art. 67 LSC ; elle ne saurait toutefois être qualifiée d'insoumission au sens des art. 73 ou 74 LSC, puisqu'elle ne correspond à aucun des comportements expressément réprimés par ces dispositions.

Quant à l'art. 75 LSC, invoqué par le recourant au stade du recours seulement – ce qui permet déjà de douter de la recevabilité de ce grief –, il suppose que l'astreint puisse "*se déplacer*" ("*reisefähig*", "*in grado di viaggiare*"). Or, comme le relève le Ministère public dans ses observations, il ne pouvait raisonnablement être exigé du mis en cause qu'il se rende sur place, compte tenu de son incapacité de travail à 100% pour cause de maladie mais aussi, de manière plus générale, des explications données par sa mère au téléphone (cas contact Covid-19), du contexte sanitaire de l'époque (novembre-décembre 2020) et, surtout, du lieu d'affectation (un EMS).

Enfin, ni la précédente condamnation du mis en cause pour insoumission en 2017, ni sa nouvelle absence pour trois jours de service en 2021 ne font l'objet de la présente procédure ; elles sont dès lors dénuées de pertinence.

Compte tenu de ce qui précède, le Ministère public pouvait à juste titre considérer que, faute de soupçon suffisant, il n'avait pas à entrer en matière sur les faits dénoncés le 10 août 2021 par le recourant. Le grief est rejeté.

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

5. Compte tenu du fait que le recourant, qui succombe, est une autorité au sens de l'art. 104 al. 2 CPP, les frais de la procédure seront laissés à la charge de l'État (ACPR/648/2020 du 16 septembre 2020 consid. 4 ; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse,* 2e éd., Bâle 2019, n. 1 ad art. 428).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

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

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à l'Office fédéral du service civil CIVI et au Ministère public.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Madame Daniela CHIABUDINI et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	Le président :
Arbenita VESELI	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).