

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/16913/2018

ACPR/879/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 4 décembre 2020

Entre

A _____, domicilié _____ [GE], comparant par M^e B _____, avocat, _____,

recourant,

contre les ordonnances de non-entrée en matière et de refus d'administration de preuves
rendues le 7 mai 2020 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. a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 22 mai 2020, A_____ recourt contre les ordonnances du 7 mai 2020, notifiées par pli simple, par lesquelles le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur ses plaintes pénales, respectivement d'administrer les preuves qu'il avait requises.

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation des ordonnances querellées, à l'ouverture d'une instruction par le Ministère public, à ce que la Chambre de céans ordonne l'audition, par commission rogatoire, de sa fille C_____, ainsi que la production et l'analyse de l'ordinateur de D_____.

b. Il requiert l'octroi de l'assistance judiciaire dans le cadre de la procédure de recours.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____ et D_____, tous deux de nationalité kényane, mariés depuis 2011, sont les parents de E_____, né en 2009 – que A_____ a adopté –, et de F_____, né en 2012. A_____ est également le père de C_____, née en 2006, dont la mère vit au Kenya.

La famille a rejoint D_____ à Genève, en 2017, laquelle est fonctionnaire auprès du G_____; elle dispose de cartes de légitimation délivrées par le DFAE.

b.a. Le 5 septembre 2018, le Ministère public a prévenu A_____ de contrainte et de lésions corporelles simples sur D_____ pour avoir, en novembre 2017, posé les mains sur le cou de sa femme, alors qu'elle dormait, et le 4 septembre 2018, lui avoir donné des coups de poings au visage, l'avoir saisie par le bras et l'avoir frappée avec un meuble

À l'issue de l'audience, A_____ a été mis en liberté avec des mesures de substitution dont l'interdiction de se rendre au domicile conjugal et de tout contact, de quelque forme que ce soit, avec son épouse, jusqu'à décision contraire du Procureur.

b.b. Lors de l'audience du 2 octobre 2018, D_____ a déclaré qu'en février 2018, après une dispute lors de laquelle elle avait dit à son mari qu'ils devaient se séparer, elle s'était réveillée au milieu de la nuit tandis que A_____ avait les mains autour de son cou. Elle n'avait pas appelé la police; elle n'avait pas pu porter plainte pour ces faits, parce que lorsqu'elle s'était rendue au poste de police de H_____, la policière ne parlait pas anglais. Elle avait toutefois rédigé un document qu'elle a remis au Procureur.

De ce document, non daté, rédigé en anglais et traduit en français, il ressort que le "4 février", à la suite de l'étranglement précité, A_____ l'avait forcée à entretenir des rapports sexuels, malgré qu'elle le suppliait de ne pas le faire, la menaçant de la tuer si elle refusait.

D_____ a déclaré qu'elle ne savait pas ce qu'il allait se passer avec C_____ mais ne serait pas contre qu'elle restât avec elle.

A_____ a précisé que les mesures de substitution l'empêchaient de se rendre au domicile conjugal; il n'avait pas vu ses enfants depuis un mois; il était possible que sa femme leur ait dressé une image négative de lui. Son épouse a répondu ne pas être opposée, sur le principe, aux rencontres mais pour autant que les enfants acceptent et que cela se passe dans un endroit neutre.

b. Le 31 octobre 2018, D_____ a interrogé le Ministère public, en raison d'un voyage en famille au Kenya pour les vacances de Noël, auquel A_____ était censé participer, sur le respect des mesures de substitution, dès lors que son mari s'efforçait d'entrer indirectement en contact avec elle, ayant appelé ses parents et demandé à sa famille de la convaincre de lui parler.

c. Le 29 novembre 2018, le Procureur a chargé la police de procéder à l'audition EVIG des trois enfants C/E/F_____. À teneur du rapport de police du 1^{er} mars 2020, D_____ avait informé la police que C_____, partie au Kenya pour les fêtes de Noël, ne reviendrait pas en Suisse.

d. Le 14 décembre 2018, elle a informé le Procureur que, ayant appris que son mari avait décidé de se rendre au Kenya, elle avait renoncé à effectuer ce voyage, ne souhaitant pas s'exposer, ni ses enfants, à son mari.

e. Le 17 décembre 2018, elle lui a encore transmis un courriel qu'elle avait adressé la veille à la mère de C_____ relatant divers incidents survenus au Kenya entre le 14 et le 16 décembre 2018 et que son mari insinuait que C_____ était retenue au Kenya dans sa famille à elle.

f. Le 18 février 2019, A_____ a déposé plainte contre D_____ pour enlèvement, contrainte et calomnie (pièce C-135).

En substance, il reprochait à D_____ d'avoir fait partir C_____ au Kenya alors que lui-même et la mère de l'enfant s'y étaient formellement opposés. Par email du 14 décembre 2018, D_____ avait informé la mère de C_____ de ce que cette dernière était dans l'avion pour le Kenya. Sa femme ayant repris les documents de voyage de

C_____, cette dernière ne pouvait revenir en Suisse, retourner à l'école et être entendue par la police pour les besoins de la procédure.

En outre, les déclarations de D_____ selon lesquelles les enfants craignaient leur père étaient contredites par les pièces produites à l'appui de sa plainte pénale.

A_____ a produit :

- un courriel du 12 novembre 2018 de la mère de C_____ l'informant, ainsi que D_____, que le voyage au Kenya de l'adolescente, prévu le 13 décembre 2018, devait être annulé, la sécurité de cette dernière au pays n'étant pas garantie en raison de sérieux problèmes conjugaux qu'elle rencontrait avec le beau-père de C_____;
- un courrier du 14 novembre 2018, de son conseil au conseil de son épouse, rappelant que les mesures de substitution ne lui interdisait pas de voir ses enfants, qu'il n'avait pas revus depuis le 4 septembre 2018, et demandant l'organisation de visites. D_____ s'opposant à ce qu'il fasse le voyage au Kenya avec les enfants, il s'opposait à ce que ceux-ci quittent la Suisse sans son accord. Il a rappelé l'email précédent de la mère de C_____;
- un courriel du 14 décembre 2018 de D_____, dont A_____ était en copie, informant la mère de C_____ qu'elle devait organiser l'accueil de l'adolescente, qui avait pris l'avion pour le Kenya le matin même; qu'en cas d'impossibilité, sa propre mère la récupérerait; elle avait procédé ainsi afin que les parents de C_____, dont elle n'était pas la représentante légale, prennent les décisions nécessaires, vu la situation; ayant appris par le SPMi que A_____ ne pouvait pas recevoir sa fille chez lui, elle la lui avait envoyée au Kenya et joignait le bulletin scolaire et était disponible pour toutes informations nécessaires pour lui assurer une transition en douceur;
- un courrier du même jour du conseil de sa femme, l'informant que D_____ avait annulé son voyage et celui des enfants au Kenya; celui de C_____, avait été maintenu afin que ses parents prennent les décisions qui s'imposaient; un éventuel droit de visite sur ses fils serait discuté lors d'une audience fixée au début du mois de janvier 2019; A_____ était cependant libre de les appeler;
- une attestation du 16 décembre 2018 de la police kenyane selon laquelle A_____ avait déclaré que la carte de légitimation de sa fille avait été prise par la tante de C_____ qui voyageait avec elle;

- un courrier de son conseil, du 28 janvier 2019, impartissant un délai à sa femme pour organiser le retour de C_____ en Suisse, charge à cette dernière d'acheter un nouveau billet de retour, et de restituer à C_____ ses documents de voyage et sa carte de légitimation, lesquels avaient été saisis par la sœur de D_____;
- un courrier du lendemain par lequel D_____ rappelait n'avoir aucune obligation d'entretien envers C_____ sous la plume de son conseil, refusait de se charger du retour de C_____; elle précisait devoir restituer la carte de légitimation de C_____ à la Mission permanente de la Suisse;
- une carte de Noël par laquelle les trois enfants lui témoignaient leur affection.

g. Le 5 mars 2019, D_____ a demandé au Ministère public la prolongation des mesures de substitution qui arrivaient à échéance le 7 suivant.

h. Le 12 avril 2019, A_____ a déposé une nouvelle plainte contre D_____ pour contrainte et calomnie.

Alors qu'aucune décision judiciaire ne le lui interdisait, il était toujours empêché par sa femme de voir ses enfants.

Par ailleurs, il ressortait de l'ordonnance de prolongation de mesures de substitution du 5 mars 2019 que son épouse aurait affirmé, dans un courrier remis au Ministère public, qu'il l'avait contrainte à entretenir des rapports sexuels. Ces affirmations, très graves, étaient fausses et constitutives de calomnie.

i. Le 29 août 2019, le Ministère public a prévenu A_____ pour avoir tenté d'étrangler son épouse la nuit du 4 février 2018 et l'avoir ensuite forcée à entretenir une relation sexuelle, la menaçant de mort en cas de refus. Il lui est également reproché d'avoir frappé à plusieurs reprises E_____ et F_____.

D_____ a précisé que l'étranglement s'était déroulé le 4 février 2018 et non en 2017. Elle n'avait pas mentionné le viol dans sa plainte à la police, ayant seulement répondu aux questions de la police, ni à l'audience du 2 octobre 2018, ayant remis au Ministère public le courrier qui en faisait état; le sujet était difficile à évoquer.

A_____ a contesté les nouvelles accusations de son épouse; elle n'avait pas dénoncé ces faits et avait continué à vivre avec lui; ces accusations sortaient "*un peu de nulle part*". Il n'avait pas été violent avec ses enfants; il n'avait jamais levé la main sur eux.

Il a répété souhaiter déposer plainte contre sa femme pour dénonciation calomnieuse. Le Procureur lui a répondu avoir ouvert une P/1_____/19 à la suite de sa plainte reçue le 19 février 2019 laquelle était suspendue jusqu'à droit jugé dans le cadre de la P/16913/18.

D_____ a ensuite déclaré avoir mentionné "*ces faits*" à une amie, I_____, le lendemain. A_____ a, derechef, porté plainte contre sa femme pour calomnie.

j. Par courrier du 30 août 2019, A_____ a déposé une nouvelle plainte pour contrainte contre sa femme lui reprochant de ne pas lui avoir restitué un acte de propriété d'un bien immobilier au Kenya qu'il lui avait demandé par courriel du 7 mai 2019. En outre, depuis près d'une année, il n'avait pu avoir des contacts avec ses enfants; D_____ avait refusé sous divers prétextes qu'il leur parle, ne tenant ainsi pas les engagements pris, et ce malgré l'intervention de l'assistante en protection de l'enfant. Ce comportement était également constitutif de contrainte.

k. Lors de l'audience du 4 février 2020, A_____ a déclaré que C_____ était toujours au Kenya. Il n'avait jamais consenti à son départ de Suisse; D_____ avait arrangé ce voyage. Lorsque sa fille était arrivée au Kenya, munie de sa pièce d'identité, il s'y trouvait aussi. Il s'était rendu à la police afin qu'elle enquête auprès de sa belle-mère sur les raisons du départ de Suisse de sa fille. C_____ lui avait dit que ses documents d'identité lui avaient été retirés par l'autorité de migration. Selon sa belle-mère, la pièce d'identité de C_____ avait été renvoyée en Suisse à D_____. Il n'avait pas eu d'autre choix que de laisser C_____ au Kenya afin qu'elle y poursuive son éducation, étant donné son absence de stabilité financière pour soutenir l'adolescente en Suisse, ainsi que l'absence de permis de cette dernière. Il n'avait pas revu sa fille depuis lors.

D_____ a déclaré qu'après l'incident du 4 septembre 2018, C_____ avait subi des pressions de la part de sa mère, de son oncle et de la tante de A_____ pour qu'elle dise ne plus avoir envie de vivre avec elle. Elle avait tenté de la soutenir et de lui proposer des psychothérapies. Comme elle n'avait aucun droit sur C_____, elle avait finalement décidé de la renvoyer au Kenya avec sa sœur et avait informé les parents que leur fille était "*en route*" pour le Kenya. Sa sœur lui avait renvoyé la carte de légitimation de l'enfant, qu'elle avait restituée à son employeur. Le SPMi lui avait conseillé de renvoyer C_____ au Kenya puisqu'elle n'avait pas de "*droit légal*" sur l'enfant.

l. Le 7 mai 2020, le Procureur a rendu les ordonnances querellées.

m. Le 16 juillet 2020, le Tribunal de police, saisi de l'acte d'accusation du 7 mai 2020 à l'encontre de A_____, a renvoyé la cause au Ministère public afin de compléter l'information à la suite d'une nouvelle plainte de D_____.

- C. a.** Dans son ordonnance de non-entrée en matière, le Ministère public retient qu'il ressortait des explications du plaignant que sa femme n'a jamais "*repris*" les documents d'identité de C_____, ces derniers lui ayant été envoyés par l'autorité de migration. "*Rien n'indique qu'elle les ait retenus contre votre gré, étant précisé que, à teneur de vos explications, vous avez accepté qu'elle reste au Kenya afin d'y poursuivre son éducation*". En outre, dans la mesure où C_____ était la fille du plaignant, et non celle de D_____, et où le premier cité se trouvait au Kenya, on ne pouvait reprocher à la mise en cause d'y avoir envoyé l'adolescente, afin qu'elle y restât en compagnie de son père.

Le fait que sa femme l'aurait empêché de voir ses enfants, n'était étayé par aucun élément tangible; le litige semblait relever de la justice civile et non de la justice pénale.

b. Dans sa seconde ordonnance attaquée, le Ministère public a refusé de procéder à l'audition de C_____; une commission rogatoire était disproportionnée, avait peu de chances d'aboutir et ne pourrait vraisemblablement pas se faire dans des conditions compatibles avec les besoins de protection d'un enfant mineur. Une appréciation anticipée des preuves fondée sur les auditions EVIG des deux autres enfants rendait l'audition de C_____ superflue. La production de l'ordinateur utilisé par D_____ n'était pas nécessaire, vu la clef USB versée à la procédure lors de l'audience du 29 août 2019, et les données qui en ressortaient.

- D. a.** À l'appui de son recours, A_____ soutient que l'ouverture d'une instruction pour dénonciation calomnieuse, respectivement calomnie s'imposait, vu les divergences entre les déclarations des parties et la gravité des accusations de contrainte sexuelle, respectivement de viol, et qu'il avait suffisamment démontré la vraisemblance de la fausseté des allégations de son épouse à ce titre. .

Les éléments constitutifs de l'infraction d'enlèvement de C_____ étaient réunis, en particulier au vu des déclarations de D_____. De plus, le renvoi de C_____ au Kenya avait empêché de recueillir son témoignage par la police, lui causant ainsi un dommage extrêmement important puisqu'il était dans l'impossibilité de se défendre.

Le refus, sans droit, de D_____ de le laisser voir ses enfants était établi, étant précisé qu'il avait tenté par tous les moyens légaux de les voir. Il ne s'agissait pas d'un simple problème civil lorsqu'un parent contraignait l'autre et l'empêchait de manière durable, sans droit, de voir ses enfants.

D_____ avait en outre délibérément gardé des documents relatifs à sa propriété au Kenya, de sorte qu'il était contraint, au risque de violer les mesures de substitution ordonnées, de ne pas les récupérer.

Par ailleurs, il réitère ses réquisitions de preuves, lesquelles étaient nécessaires vu la gravité des faits. L'examen de l'ordinateur permettrait de déterminer si D_____ avait retranscrit les faits dont elle l'accusait à la date prétendue. L'audition de C_____ s'imposait au sujet de son envoi au Kenya et des actes de violence qu'on lui reprochait à l'endroit des enfants.

Il a notamment produit une lettre du 12 décembre 2018 de son conseil à celui de sa femme, réitérant son opposition à ce que ses enfants quittent la Suisse sans son accord, et son courriel du 11 février 2020, à son conseil, l'informant avoir finalement pu voir ses enfants.

- b. Le Ministère public conclut, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours sans autres observations.
- c. Le recourant n'a pas répliqué.

EN DROIT :

- 1. **1.1.** 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 de non-entrée en matière sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du plaignant 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).
- 1.2.** Le recourant conteste également l'ordonnance de refus d'administration de preuves du 7 mai 2020. Outre qu'il ne prend pas de conclusions formelles en annulation de cette ordonnance, un tel recours est irrecevable en tant qu'il concerne des réquisitions de preuves portant sur les faits objet de son renvoi en jugement auprès du Tribunal de police, qui sont donc sans lien avec l'ordonnance de non-entrée en matière ici attaquée et pouvant être réitérées devant l'autorité de jugement (art. 331 et 343 CPP).

Les réquisitions visant les faits visés dans l'ordonnance de non-entrée en matière seront traitées, en tant que de besoin, dans le présent arrêt, puisque le pouvoir d'examen de l'autorité de recours est complet (art. 391 CPP).

1.3. Les pièces nouvelles produites à l'appui du recours du plaignant sont recevables, la jurisprudence admettant la production de faits et de moyens de preuve nouveaux en deuxième instance (arrêts du Tribunal fédéral 1B 368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.1 et 3.2 et 1B 768/2012 du 15 janvier 2013 consid. 2.1).

2. Le recourant fait grief au Ministère public de ne pas être entré en matière sur ses plaintes des 18 février, 12 avril, 29 et 30 août 2019.

2.1. Conformément à l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière 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. Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "*in dubio pro duriore*" (arrêt du Tribunal fédéral 6B 1456/2017 du 14 mai 2018 consid. 4.1 et les références citées). Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP, ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91) 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 à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un certain 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 se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243 ; 138 IV 86 consid. 4.1,2 p. 91 et les références citées).

Des motifs de fait peuvent justifier la non-entrée en matière. Il s'agit des cas où la preuve d'une infraction, soit de la réalisation en fait de ses éléments constitutifs, n'est pas apportée par les pièces dont dispose le ministère public. Il faut que l'insuffisance de charges soit manifeste. De plus, le procureur doit examiner si une enquête, sous une forme ou sous une autre, serait en mesure d'apporter des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée. Ce n'est que si aucun acte d'enquête ne paraît pouvoir amener des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée que le ministère public peut rendre une ordonnance de non-entrée en matière. En cas de doute sur la possibilité d'apporter ultérieurement la preuve des faits en question, la non-entrée en matière est exclue (A. KUHN / Y. JEANNERET / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2e éd. Bâle 2019, n. 9 ad art. 310, R. PFISTER-LIECHTI (éd.), *La procédure pénale fédérale*, Fondation pour la formation continue des juges suisses, Berne 2010, p. 62).

2.2. L'art. 220 CP condamne celui qui aura soustrait ou refusé de remettre un mineur au détenteur du droit de déterminer le lieu de résidence. L'art. 220 aCP (dans sa version en vigueur jusqu'au 30 juin 2014) faisait référence au détenteur du droit de garde. Le bien juridique protégé est le droit de déterminer le lieu de résidence en tant que composante de l'autorité parentale. La compétence de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ainsi que son mode d'encadrement relève de l'autorité parentale (ATF 141 IV 205 consid. 5.3.1 p. 210, ATF 136 111 353 consid. 3.2 p. 356', ATF 128 III 9 consid. 4a p. 9 arrêt du Tribunal fédéral 6B 787/2017 du 12 avril 2018, consid. 4.1, cf. depuis le 1^{er} juillet 2014 l'art. 301a al. 1^{er} CC). Cette disposition protège ainsi la personne qui a le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Le titulaire de ce droit se détermine selon le droit civil (ATF 141 IV 205 consid. 5.3.1 et les références; cf. désormais art. 296 al. 2 et art. 301a al. 1 CC).

2.3. Se rend coupable de contrainte selon l'art. 181 CP celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, ne pas faire ou à laisser faire un acte.

En ce qui concerne l'acte "*entravant de quelque autre manière sa liberté d'action*", il s'agit d'une formulation exagérément large, qui doit être interprétée restrictivement. Relève donc de cette acception tout procédé ayant un effet proche de la violence par son intensité et ses conséquences et susceptible de lui être assimilée (ATF 119 IV 301 = JdT 1995 IV 147 consid. 2a). Il n'est pas nécessaire que la liberté d'action de la victime soit supprimée, il suffit qu'elle soit restreinte (ATF 101 IV 167 = JdT 1976 IV 50 consid. 2). Les moyens les plus fréquents cités sont la narcose, l'hypnotisme, l'alcool, l'éblouissement, l'esbroufe et l'intimidation (ATF 107 IV 113 = JdT 1982 IV 138 consid. 3b).

Selon la jurisprudence, la contrainte n'est contraire au droit que si elle est illicite, soit parce que le moyen utilisé ou le but poursuivi est illicite, soit parce que le moyen est disproportionné pour atteindre le but visé, soit encore parce qu'un moyen conforme au droit utilisé pour atteindre un but légitime constitue, au vu des circonstances, un moyen de pression abusif ou contraire aux moeurs (ATF 141 IV 437 consid. 32,1 p. 440 137 IV 326 consid.; 3.3.1 p. 328, 134 IV 216 consid. 4.1 p. 218).

2.4. En l'espèce, la mise en cause, qui admet n'avoir aucun droit sur l'enfant, a renvoyé d'autorité C_____ au Kenya contre le refus, clairement exprimé par écrit, des deux parents de l'enfant, dont le recourant, détenteur de l'autorité parentale; elle a pris soin d'informer la mère de l'adolescente, mettant le père en copie, une fois la mineure dans l'avion. Elle s'est fait retourner, par sa sœur, la carte de légitimation de l'enfant, empêchant de fait celle-ci de revenir résider en Suisse et d'y poursuivre sa scolarité. Elle a déclaré avoir agi ainsi afin que les parents de C_____ prennent les

décisions qui s'imposaient alors même qu'elle savait que son mari se trouvait au Kenya. Elle a expressément dit à la mère de C_____ que l'enfant devait poursuivre sa formation au Kenya et que le père de cette dernière ne pouvait l'accueillir chez lui, selon le SPMi.

À ce stade de l'instruction, il apparaît que la mise en cause a décidé, sans en avoir le droit, du lieu de résidence de l'enfant et a mis le père devant le fait accompli, lequel ne disposait pas des moyens financiers pour payer le billet de retour de l'enfant ni de la carte de légitimation de sa fille. En outre, il n'est pas exclu qu'elle ait délibérément renvoyé l'adolescente au Kenya et repris son titre de séjour, pour contraindre le recourant à y rester avec sa fille et, partant, pour l'éloigner d'elle, vu le contexte conflictuel.

Dans ces circonstances, force est de considérer qu'il existe, en l'état, des soupçons suffisants de contrainte et d'enlèvement de mineur par la mise en cause. Le Ministère public devra ainsi entendre la mise en cause sur les motifs exacts du renvoi de C_____ au Kenya; de l'absence, à ce jour, de la restitution de la carte de légitimation de l'enfant; et, au besoin, procéder à l'audition de l'employeur de la mise en cause à cet égard.

2.5. Le recourant soutient avoir été entravé dans ses relations personnelles avec ses enfants, dès lors que son épouse aurait profité des mesures de substitution lui interdisant de prendre contact avec elle, et des conséquences pour lui en cas de violation, pour empêcher toute relation personnelle avec les enfants, alors qu'aucune interdiction en ce sens ne lui avait jamais été signifiée. À ce sujet, il ressort des rapports successifs du SPI que le recourant a respecté les mesures de substitution.

Contrairement à ce que retient le Ministère public, le recourant a étayé les démarches entreprises pour voir ses fils, mais n'a pu les revoir que le 11 février 2020. Rien ne permet de retenir, en l'état, que la mise en cause aurait organisé ou favorisé des relations entre père et enfants. Au contraire, elle a rapporté au Ministère public, par courrier du 31 octobre 2018, que le recourant s'efforçait d'entrer indirectement en contact avec elle, ne précisant cependant pas si ces tentatives de contacts visaient à l'importuner ou à organiser son droit de visite.

Ainsi, il n'est pas possible d'exclure à ce stade que la mise en cause ait délibérément usé sans droit de ce processus d'entrave aux relations personnelles qui, s'il devait être avéré, pourrait être constitutif de contrainte.

Il apparaît, enfin, que le Ministère public ne s'est pas prononcé sur la plainte du 30 août 2019 concernant la rétention de document. Il lui appartient de le faire.

2.6. En outre, le recourant fait grief au Ministère public de ne pas être entré en matière sur les infractions de dénonciation calomnieuse et de calomnie.

Le Ministère public a déclaré, lors de l'audience du 29 août 2019, qu'une procédure P/1_____/2019 avait été ouverte à la suite de la plainte déposée par le recourant le 19 février 2019 [recte : 12 avril 2019]. Cette procédure, qui serait suspendue jusqu'à droit jugé dans le cadre de la présente procédure, ne porterait que sur la diffamation et/ou la calomnie, respectivement la dénonciation calomnieuse, reprochées par le recourant à la mise en cause, en lien avec la plainte pénale déposée par cette dernière pour viol.

Il s'ensuit que la Cour de céans n'entrera pas en matière sur ce grief, étant précisé que cette décision de suspension de la procédure P/1_____/2019 n'a fait l'objet d'aucun recours.

En revanche, la procédure P/1_____/2019 ne semble pas viser les faits qualifiés de calomnie par le recourant, afférents au fait que ses enfants auraient peur de lui (cf. plainte pénale du 18 février 2019). Il appartiendra au Ministère public de statuer sur ces questions.

3. Fondé, le recours doit être admis. Partant, l'ordonnance querellée sera annulée et la cause retournée au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction.

3.1. Le recourant sollicite l'assistance judiciaire pour l'activité déployée par son conseil dans la procédure de recours.

3.2. 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.

Ainsi, en faisant expressément référence aux prétentions civiles, l'art. 136 CPP souligne clairement qu'un conseil juridique gratuit ne peut être désigné à la partie plaignante qui s'il fait valoir des conclusions civiles dans le cadre de la procédure pénale. Ce n'est que dans le cas où la partie plaignante entend ne participer à la procédure que pour l'aspect pénal que toute assistance juridique gratuite est exclue. Cette conséquence est justifiée par le fait que, par principe, le monopole de la justice répressive est exercé par l'État, au travers du Ministère public (Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 p. 1160).

3.3. D'après la jurisprudence, un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter ; il ne l'est pas non plus lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes. L'élément déterminant réside dans le fait que l'indigent ne doit pas se lancer, parce qu'il plaide aux frais de la collectivité, dans des démarches vaines qu'une personne raisonnable n'entreprendrait pas si, disposant de moyens suffisants, elle devait les financer de ses propres deniers (ATF 138 111 217 consid. 2.2.4 ; 129 1 129 consid. 2.2).

Selon l'art. 136 al. 2 let. c CPP, l'assistance judiciaire comprend la désignation d'un conseil juridique gratuit. Celle-ci ne peut toutefois être obtenue qu'à la condition que la défense des intérêts de la partie plaignante l'exige. Il faut, pour cela, que le concours d'un avocat soit objectivement ou subjectivement nécessaire. D'une manière générale, la nécessité peut découler des conséquences que l'issue de la procédure pourrait avoir pour le justiciable, de la complexité de la cause quant aux faits ou quant au droit, ou encore de circonstances personnelles (la personne est mineure, de langue étrangère ou encore atteinte d'une maladie physique ou psychique). Plus les conséquences possibles de la procédure apparaissent lourdes pour le requérant, plus l'assistance d'un avocat apparaît justifiée. Il n'existe pas de règle unique (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Bâle 2019, n. 59 à 63 ad art. 136 CPP).

Bien que l'art. 118 al. 2 CPP ne le précise pas, le dépôt d'une plainte pénale vaut constitution de partie plaignante, mais uniquement en qualité de demandeur au pénal au sens de l'art. 118 al. 1 CPP, une interprétation de la loi que s'en vient conforter l'art. 119 al. 2 let. a CPP. S'il veut également agir comme demandeur au civil, l'auteur de la plainte pénale doit le préciser conformément à l'art. 119 al. 2 let. b CPP, ce qu'il peut faire soit d'entrée de cause (lors du dépôt de sa plainte pénale) soit ultérieurement (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op.cit.*, Bâle 2019, n. 14 ad art. 118 et les références citées).

4.3. En l'espèce, le recourant a déposé plaintes sans jamais déclarer vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au civil, de sorte qu'il n'entend pas, à ce stade, faire valoir de conclusions civiles à l'encontre de l'intéressée. Partant, l'une des conditions à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite fait défaut.

La demande d'assistance judiciaire gratuite doit dès lors être rejetée.

4. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP) pas plus que le rejet du recours sur la demande d'assistance judiciaire (art. 20 RAJ).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours,

Annule l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction au sens des considérants.

Rejette la demande d'assistance judiciaire.

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

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A_____, soit pour lui son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :

Arbenita VESELI

La présidente :

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).