

MKGE 11 Nr. 110

Mkg, 1996-12-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_11_Nr_110

FR: ATMC 11 n° 110

IT: STMC 11 n. 110

Erwägungen

E. 1

Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen die Entscheidung des Div Ger 7, wonach dieses auf einen ersten Rekurs gegen die Einstellungsverfügung des Auditors nicht eingetreten ist. Als erstes fragt sich, ob gegen die angefochtene Entscheidung der Rekurs an das MKG überhaupt zulässig sei, wie das Div Ger 7 in seiner Rechtsmittelbelehrung angenommen hat.

E. 2

Nach Art. 118 MStP können der Beschuldigte und der Obergericht gegen Einstellungs- und Entschädigungsverfügungen des Auditors Rekurs an das Divisionsgericht erheben; Art. 197 und 199 MStP gelten sinngemäss. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich demnach um einen Rekursentscheid: in formeller Hinsicht um ein Urteil, denn das Div Ger 7 hat damit definitiv über das Schicksal des Verfahrens entschieden (Arthur Haefliger, N. 2 zu Art. 187 MStGO).

E. 2.7

mai 1994, ce tribunal a retenu que G. considérait que "l'armée form[ait] un tout et que, contrairement à ce qu'il pensait en 1991, il n'[était] pas possible de faire abstraction du système de violence que cette institution 376

représent[ait]; dès lors, il s'opposait "à toute forme de violence et affirmait "fonder ses convictions sur les modèles de pensée de Kant et Gandoi". Aux termes de ce jugement toutefois, il n'y avait pas lieu d'examiner si le refus de servir était lié à des valeurs éthiques fondamentales, car l'art. 81 eh. 2bis CPM imposait le prononcé d'une peine en application de l'art. 81 eh. 1 CPM. G. a interjeté appel. Le Tribunal militaire d'appel 1 B a admis l'appel par jugement rendu le 8 décembre 1994. Il a reconnu G. coupable de refus de servir au sens de l'art. 81 eh. 2 CPM; il l'a donc astreint à un travail d'intérêt général d'une durée de 477 jours et l'a exclu de l'armée (art. 81 eh. 2 al. 4. CPM). La cour a considéré, en se référant au jugement de première instance, que l'appelant se fondait sur des valeurs éthiques fondamentales, que ses arguments étaient sincères et qu'ils laissaient apparaître une honnêteté intellectuelle. C. Agissant par la voie du pourvoi en cassation, l'Auditeur du Tribunal militaire de division 1 demande au Tribunal militaire de cassation d'annuler le jugement du Tribunal militaire d'appel 1 B et de renvoyer la cause à cette dernière juridiction pour nouvelle décision. L'Auditeur se plaint d'une violation de l'art. 81 eh. 2bis al. 2 CPM, dont le texte clair, selon lui, imposerait l'application de l'art. 81 eh. 1 CPM après le refus du militaire d'accomplir le service sans arme auquel il avait été affecté par jugement rendu sur la base de l'art. 81 eh. 2bis al. 1 CPM. G. conclut au rejet du pourvoi. Le président du Tribunal militaire d'appel 1 B a renoncé à se déterminer. Considérant: 2. L'auditeur recourant soutient que le texte de l'art. 81 eh. 2bis al. 2 CPM exclut, dans le cas particulier, le prononcé d'une astreinte à un travail d'intérêt général au sens de l'art. 81 eh.

2 al. 1 CPM, et que seule entre en considération la condamnation à une peine, conformément à l'art. 81 eh. 1 CPM. Selon le recourant, si le législateur avait voulu permettre l'application de l'art. 81 eh. 2 CPM en cas de refus d'accomplir un service sans arme, il aurait expressément réservé cette possibilité dans le texte de l'art. 81 eh. 2bis CPM.

a) Aux termes de l'art. 81 eh. 1 CPM (dans sa teneur en vigueur depuis le 15 juillet 1991), celui qui, dans le dessein de refuser le service militaire, aura enfreint un ordre de se présenter au recrutement ou au service, sera puni de l'emprisonnement. Le service militaire, au sens de cette disposition, est en principe un service armé (cf. notamment art. 10bis de la loi fédérale sur l'organisation militaire [OM; RS 510.10], a contrario; cf. interven-

377
tiau du conseiller fédéral Villiger devant le Conseil des Etats, au sujet de la modification de l'art. 81 CPM, BO CE 1990 p. 721). L'art. 81 eh. 2 al. 1 CPM dispose que si l'auteur rend vraisemblable, en se fondant sur des valeurs éthiques fondamentales, qu'il ne peut concilier le service militaire avec les exigences de sa conscience, le juge le reconnaîtra coupable et l'astreindra à un travail d'intérêt général. Dans cette disposition, la notion de service militaire correspond à celle de l'art. 81 eh. 1 CPM. b) L'art. 81 eh. 2bis CPM prévoit le cas d'un refus de servir partiel, le refus du service armé ("teilweise Dienstverweigerung"; cf. intervention du conseiller fédéral Villiger déjà citée, BO CE 1990 p. 721). Cette disposition a la teneur suivante: "Si l'auteur rend vraisemblable, en se fondant sur des valeurs éthiques fondamentales, qu'il ne peut concilier le service militaire armé avec les exigences de sa conscience, le juge le reconnaîtra coupable et l'affectera au service sans arme, s'il est prêt à accomplir un tel service. Si l'auteur refuse, par la suite, d'accomplir le service sans arme, le juge prononcera une peine conformément au chiffre 1. Aucune peine ne pourra être prononcée lorsque le verdict de culpabilité remonte à plus de dix ans." Le juge applique l'art. 81 eh. 2bis al. 1 CPM si les exigences de sa conscience n'empêchent pas l'intéressé d'effectuer un service dans l'armée, mais seulement un service militaire armé. Un service sans arme est possible dans certaines troupes ou dans certaines fonctions (cf. notamment art. 8 de l'ordonnance concernant le service militaire sans arme pour des raisons de conscience [OSMSA; RS 511.19]) et l'affectation au service sans arme peut aussi résulter d'une décision de l'autorité administrative, indépendamment d'une procédure pénale (cf. art. 10bis OM, art. 1er ss OSMSA). Un refus subséquent d'accomplir le service militaire sans arme - toujours censé conciliable avec les exigences de la conscience de l'intéressé, lorsque celui-ci n'invoque pas une évolution de ses convictions - justifie l'ouverture d'une nouvelle procédure pénale (le message du Conseil fédéral porte de façon inexacte d'une "reprise de la procédure" - cf. FF 1987 II 1341). Dans les conditions, le juge doit en principe statuer en application de l'art. 81 eh. 1 CPM et des dispositions générales du code pénal militaire (art. 44 CPM notamment); c'est ce que rappelle l'art. 81 eh. 2bis al. 2, 1^{re} phrase CPM. Les mêmes normes sont applicables en cas de refus du service non armé par un militaire qui y avait été affecté par décision administrative (cf. Peter Popp, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, Saint-Gall-1992, n. 47 ad art-81). 378

e) Celui qui, reconnu coupable de refus (partiel) de servir en application de l'art. 81 eh. 2bis al. 1 CPM, a été affecté au service sans arme, peut voir ensuite ses convictions évoluer ou se modifier. Toujours en se fondant sur des valeurs éthiques fondamentales - les mêmes valeurs qu'au moment du premier jugement, lesquelles peuvent commander des comportements différents selon les circonstances ou l'état de la réflexion; voire des valeurs distinctes, par exemple à la suite de la conversion à une autre religion -, il peut

désormais faire valoir, le eas éhéant, qu'il n'est plus à même de concilier aucune forme de service militaire, armé ou non armé, avec les exigences de sa conscience. Dans une telle hypothèse, les éléments constitutifs du délit de l'art. 81 eh. 2bis CPM ne sont plus réunis, car l'élément subjectif particulier prévu par cette disposition - le caractère inconciliable du seul service armé avec les exigences de la conscience, l'appartenance à l'armée n'entraînant en tant que tel aucun conflit intérieur - n'existe plus. Il n'y a donc plus lieu d'appliquer cette disposition spéciale; le renvoi à l'art. 81 eh. 1 CPM, qui figure dans le texte de l'art. 81 eh. 2bis al. 2 CPM, ne saurait donc lier le juge qui se prononce sur la base d'un état de fait différent. Dans la nouvelle procédure pénale ouverte après le second refus de servir (cf. supra, consid. 2b), le juge doit alors statuer en application de l'art. 81 eh. 2 CPM, si les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de cette dernière disposition sont réunis. Autrement dit, la réglementation de l'art. 81 eh. 2bis CPM, y compris le prononcé d'une peine en cas de refus du service sans arme, ne s'applique que dans l'hypothèse où "l'auteur rend vraisemblable, en se fondant sur des valeurs éthiques fondamentales, qu'il ne peut concilier le service militaire armé avec les exigences de sa conscience". S'il est retenu par la suite que l'auteur rend vraisemblable, en se fondant sur des valeurs éthiques fondamentales, qu'il ne peut concilier aucun service militaire, armé ou non armé, avec les exigences de sa conscience, on ne se trouve plus dans l'hypothèse visée par l'art. 81 eh. 2bis CPM, mais dans celle visée par l'art. 81 eh. 2 CPM, qui est alors seul applicable. Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de se prononcer sur la portée de l'art. 81 eh. 2bis al. 2, 2e phrase CPM dans une telle situation; le délai de dix ans prévu par cette disposition n'est en effet pas échue. d) En l'espèce, le Tribunal d'appel a considéré en substance que l'intimé, dont les convictions avaient évolué depuis 1991 - date de son premier refus de servir -, avait rendu vraisemblable, en se fondant sur des valeurs éthiques fondamentales, qu'il ne pouvait désormais plus concilier le service militaire, même non armé, avec les exigences de sa conscience. Cette appréciation n'est pas contestée dans le pourvoi. Sur la base de ce nouvel

379

état de fait, le Tribunal d'appel était fondé à appliquer l'art. 81 eh. 2 CPM. Les moyens du recourant doivent donc être écartés. (21 septembre 1995, Aud. e. TMA 18) 88. Prétentions civiles (art. 163 PPM) L'intérêt compensatoire, au taux légal de 5%, est un élément du dommage. Il incombe au demandeur d'alléguer et de prouver les circonstances propres à justifier l'octroi d'une indemnité pour tort moral. Les dépens alloués au lésé sont fixés, à défaut de dispositions spéciales dans la PPM, selon les principes généraux du droit civil sur la responsabilité aquilienne: il en va ainsi, de façon générale, pour la détermination du dommage et le calcul des dommages-intérêts, de même que, en particulier, pour l'application du principe commandant à la victime de prendre les mesures nécessaires pour diminuer le préjudice. Application de ces principes à propos d'honoraires d'avocat et d'autres frais encourus par un lésé. Zivilrechtliche Ansprüche (Art. 163 MStP) Schadenszins zum gesetzlichen Zinsfuß von 5% ist Teil des Schadens. Es ist Sache des Ansprechers, die Voraussetzungen einer Genugtuung zu substantzieren. Die Partei-Entschädigungsansprüche des Geschädigten richten sich mangels besonderer Bestimmungen des MStP nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen über die ausservertragliche Schädigung: vorab zur Schadensberechnung und zur Schadenersatzbemessung, im allgemeinen, unter Berücksichtigung der Pflicht des Geschädigten zur Schadensminderung im besonderen. Anwendung dieser Grundsätze auf Anwaltskosten und weitere Auslagen eines Geschädigten. Pretese di diritto civile (art. 163 PPM) Gli interessi al tasso legale del 5% sono un elemento del danno. All'istante

incombe l'onere di sostanzare le premesse per- un risarcimen- to del torto morale. hi assenza di norme specifiche nella PPM, le ripe- tibili a favore della parte lesa sono stabilite in base ai principi generali di diritto civile relativi alia responsabilità extra-contrattuale: principi che valgono in genere per la determinazione del danno ed il calcolo del risarcimento, nonché in particolare per l'obbligo della parte lesa di ridurre il danno. Applicazione di questi principi alle spese leg~li e di altra natura, sopportate dalla parte lesa. 380

----- ~~~~~ 11 résulte du dossier: A. Le 21 décembre 1992, P., accompagné de son amie M., a passé la fron- tière franco-sui~se à Soral au volant de son automobile. En entrant sur le territoire suisse, il s'est arrêté au poste de douane, ou le sgt G., garde- frontière, l'a prié de descendre de son véhicule et de le suivre dans les lo- caux du poste. Sieur P. n'a p~s don né suite à cette demande et i l n'est pas sorti de son véhicule. Le sgt G. a alors dégainé son arme et fait feu à trois reprises contre le véhicule, -sans avertissement ni sommation. Plusieurs impacts de baile ont été constatés sur l'automobile (jantes, intérieur de l'habitacle); le.s deux passagers n'ont pas été blessés. B. Une enquête en complément de preuves, puis una..enquête ordinaire ont été ordonnées. Sieur P. et dame M., assistés depuis le début de la procé- dure par un conseil de leur choix, Me Vincent Spira, avocat à Genève, sont intervenus en qualité de plaignants et parties civiles. lis ont été entendus une première fois par le juge d'instruction le 15 mars 1993. Le 21 juillet 1993, les parties ont été avisées de la prochaine clôture de l'instruction. Par lettre de leur avocat du 16 août 1993, sieur P. et dame M. ont deman- dé au juge d'instruction d'être entendus une nouvelle fois. Ce magistrat a indiqué qu'il ne voyait pas d'objection à cette audition et il a prié Me Spira d'amener ses clients à Genève le 30 septembre 1993. Sieur P. s'est pré- senté et dame M. n'a pas comparu. Cette dernière a néanmoins été enten- due quelques semaines plus tard, le 27 octobre 1993. Les parties ont été convoquées à l'audience du Tribunal militaire de divi- sion 1 le 4 novembre 1994. A cette occasion, sieur P. et dame M. ont pris les conclusions suivantes: Condamner G. à payer à P.: 705 fr. plus intérêts à 6°/o dès le 23 mars 1993; 1 '094 fr.; 200 fr. plus intérêts à 6% dès le 21 décembre 1992; 3'217 francs français (FF) plus intérêts à 6o/o dès le 30 septembre 1993; 7'500 FF plus intérêts à 6°/o dès le.26 novembre 1993; 1 '156 FF; Condamner G. à payer à P. la somme de 1 '000 fr., à titre de réparation pour tort moral, cette somme devant être versée à la Ligue genevoise contre le cancer; Condamner G. à payer à M. un montant de 1'000 fr., à titre de réparaUon pour tort moral, cette somme devant être versée à la Ligue genevoise contre le cancer; 381

Condamner G. à prendre en charge le paiement de l'intégralité des frais de défense de P. et de M., selon note d'honoraires de Me Vincent Spira pro- duite à l'audience de jugement, à laquelle il conviendra d'ajouter la factura- tion relative au temps consacré à ladite audience, au tarif horaire de 300 fr.; Condamner G. à tous les dépens éventuels. Les divers postes du- dommage correspondent au x frais de fourrière pour le véhicule séquestré alJ début de l'enquête (705 fr.), au cout de sa réparation (1 '094 fr.), aux frais de location d'une automobile de remplacement (7'500 · FF), au coOt d'une nouvelle pai re de chaussures (200 fr.), au prix d'un billet d'avion Marseille-Genève-Marseille (3'217 FF - utilisé le jour de la seconde audition par le juge d'instruction) et aux frais de téléphone (1 '156 FF - ap- pels_ de sieur P. à son avocat). Selon la note d'honoraires, Me Spira a consacré 48,38 heures à cette cause avant l'audience de jugement (au to- tai: 14'514 fr.) et il estima ses débours à 500 fr .. C. Le Tribun~l de division 1 a rendu son jugement le 4 novembre 1994. 11 a reconnu le sgt G. coupable d'inobservation de prescriptions de service (art. 72 CPM) et de dommages à la

propriété (art. 135 CPM; depuis le 1er janvier 1995: art. 134 CPM), et il l'a condamné à la peine de 2 mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans (eh. 1 du dispositif), aux frais de la cause fixés à 1'000 fr. (eh. 2) ainsi qu'à l'indemnisation de la partie civile à concurrence de 5'349 fr. (eh. 3). Dans les motifs de son jugement (consid. VI), le Tribunal a précisé qu'il ne retenait, comme éléments du dommage, que les frais de fourrière (705 fr.), les frais de réparation du véhicule (1'094 fr.), le coût d'une paire de chaussures (200 fr.) et les frais de location d'un véhicule de remplacement (7'500 FF soit 1'850 fr.). Il n'a ajouté à ces montants la somme de 1'500 fr. pour les honoraires de l'avocat (somme correspondant à celle allouée au défenseur d'office du condamné). Le Tribunal a considéré que les autres prétentions n'avaient pas de lien direct avec la défense des intérêts des parties civiles, et que le tort moral n'avait pas été prouvé. Le condamné et l'auditeur n'ont pas fait appel de ce jugement. D. Agissant par la voie du recours, sieur P. et dame M. demandent au Tribunal militaire de cassation d'annuler partiellement et de réformer le jugement rendu par le Tribunal militaire de division 1, dans ce sens que, le eh. 3 du dispositif étant confirmé, le sgt G. doit en outre être condamné à "payer les intérêts de chaque poste du dommage concerné conformément aux conclusions civiles prises le 4 novembre 1994", et à leur verser une indemnité complémentaire de 16'714 fr. 382

L'indemnité complémentaire demandée par les recourants comprend le prix du billet d'avion Marseille-Genève-Marseille (3'217 FF, soit 800 fr.) ainsi que les honoraires et frais de leur avocat pour la procédure de première instance (500 fr. de frais, 14'514 fr. d'honoraires jusqu'à l'audience de jugement, 2'400 fr. d'honoraires pour cette audience), sous déduction du montant de 1'500 fr. déjà alloué à ce titre. Le sgt G. conclut au rejet du recours. Le président du Tribunal militaire de division 1 et l'Auditeur de ce tribunal ont renoncé à se déterminer. Considérant: 1. La voie du recours au Tribunal militaire de cassation est ouverte contre les décisions des tribunaux de division - qui n'ont pas fait l'objet d'un appel - lorsque le prononcé sur l'action civile est contesté (art. 195 let. e PPM). Le lésé a qualité pour recourir (art. 196 PPM). Les autres conditions de recevabilité sont remplies (cf. art. 197 PPM). 2. Les recourants demandent la modification du jugement attaqué en ce sens que l'intimé doit être condamné à payer les intérêts de chaque poste du dommage concerné conformément aux conclusions civiles prises le 4 novembre 1994. En présentant leurs prétentions au Tribunal de division, les recourants n'ont demandé l'intérêt compensatoire que sur leurs créances relatives aux frais de fourrière (705 fr.), au coût d'une nouvelle paire de chaussures (200 fr.), aux frais de location d'une automobile de remplacement (7'500 FF, soit 1'850 fr.) et à l'achat d'un billet d'avion (3'217 FF, soit 800 fr.). Pour le dernier poste du dommage, leurs prétentions sont mal fondées (cf. infra, consid. 4c). En revanche, le Tribunal de division a admis les prétentions sur les trois autres postes et il a condamné l'intimé au paiement de dommages-intérêts à concurrence du montant en capital. Dans ces conditions, il n'y a aucun motif de refuser d'allouer l'intérêt compensatoire, qui est un élément du dommage et qui est en principe exigible dès la date où les dépenses ont été faites. Cet intérêt est dû au taux annuel de 5%, conformément à l'art. 73 al. 1 CO. Le recours doit être partiellement admis dans cette mesure et le jugement attaqué doit être réformé sur ce point (art. 198 PPM). 3. Sans prendre de conclusions formelles sur ce point, les recourants demandent au Tribunal militaire de cassation d'apprécier l'atteinte à leur per-

sonnalité (tort moral); ils se bornent, à ce propos, à faire valoir qu'ils ont été profondément marqués par le comportement de l'intimé. En vertu de l'art. 49 al. 1 CO, celui qui subit une

atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. La réparation n'est due que si les souffrances subies par la victime dépassent, par leur intensité, celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuellement admises (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision des art. 28 CC et 49 CO, FF 1982 11 703). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il incombe au demandeur d'alléguer et de prouver les circonstances dont on peut, à partir d'une atteinte objectivement grave, inférer sa souffrance morale (ATF 120 11 97 consid. 2b); or le jugement attaqué retient que les recourants n'ont fourni aucune preuve sur ce point. Ceux-ci ne prétendent pas, dans le présent recours, que cette constatation serait inexacte; leurs griefs à ce propos sont d'ailleurs inconsistants. Dans ces conditions, le Tribunal de division était fondé à écarter les prétentions des recourants. 4. Seul le montant de l'indemnité allouée aux recourants pour leurs frais de procédure en première instance est encore litigieux. Les recourants font valoir que le Tribunal de division aurait dû prendre en considération le montant effectif de leurs frais d'avocat, selon la note d'honoraires qui leur a été adressée, et qu'il n'aurait pas dû écarter la prétention en remboursement d'un billet d'avion utilisé par sieur P. pour se rendre à une convocation du juge d'instruction. a) Les règles de la loi de procédure pénale militaire ne prévoient pas expressément l'allocation de dépens à la partie civile pour les frais encourus pendant l'instruction et jusqu'au jugement du tribunal de division; l'art. 151 al. 5 PPM, qui renvoie à ce propos à l'art. 117 al. 3 PPM, ne permet en effet d'allouer une indemnité qu'à l'accusé acquitté (en revanche, le tribunal d'appel peut allouer une indemnité pour ses frais d'avocat au lésé appelant - cf. art. 183 al. 2bis PPM). Dans ces conditions, les frais provoqués par l'intervention dans la procédure pénale doivent être considérés comme un élément du dommage global et les prétentions de la partie civile sont à examiner au regard des art. 41 ss CO (cf. ATF 117 11 101 consid. 2 et les arrêts cités). L'art. 44 al. 1 CO permet alors au juge de réduire les dommages-intérêts, ou même de n'en point allouer lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du déiteur. En vertu de cette règle, la victime doit prendre toutes les mesures commandées par les circonstances pour diminuer le préjudice; ce devoir découle aussi des règles de la bonne foi, selon l'art. 2 al. 1 CC. Lorsqu'il admet l'existence de ce facteur de réduction des dommages-

384
intérêts, le juge doit en estimer l'influence en usant de son pouvoir d'appréciation (cf. Henri Deschenaux/Pierre Tercier, La responsabilité civile, 2e éd. Berne 1982, p. 88 et 245/246). b) D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux dépens alloués en procédure cantonale, le juge doit, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation, se référer aux critères jurisprudentiels en matière de modération des honoraires d'avocat: la rémunération de l'avocat doit demeurer dans un rapport raisonnable avec la prestation fournie et la responsabilité encourue; elle sera fixée en tenant compte non seulement des dépenses causées directement par les opérations effectuées pour le client, mais encore des frais généraux; la valeur litigieuse entre également en ligne de compte (ATF 93 I 116 consid. 5a; cf. arrêt non publié du 17 juillet 1981, reproduit in SJ 1982 p. 289 consid. 3b). 11 ne suffit pas de se référer au tarif appliqué pour déterminer le montant alloué par l'Etat au défenseur d'office d'une partie indigente, car cette rétribution est généralement inférieure aux honoraires que l'avocat peut réclamer dans l'exercice ordinaire de sa profession (cf. ATF 109 I 107 consid. 3c). Dans certains cas, les règles de procédure prévoient cependant

que seuls les frais indispensables sont remboursés (cf. art. 159 al. 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire [OJ], pour les procédures devant le Tribunal fédéral) et que les frais inutiles sont supportés par la partie qui les a occasionnés (cf. art. 159 al. 5 OJ, renvoyant à l'art. 156 al. 6 OJ). De tels principes s'appliquent aussi en l'espèce - notwithstanding l'absence de dispositions spéciales - en vertu de l'obligation générale, pour le lésé, de diminuer son préjudice (cf. supra, consid. 4a). Le Tribunal de division a alloué aux recourants une indemnité de 1'500 fr. pour leurs frais d'avocat (sans faire de distinction entre les débours et les honoraires). Ce montant est manifestement insuffisant. Il faut admettre en premier lieu qu'il était justifié, de la part des recourants, de mandater un avocat pour la défense de leurs intérêts dans la présente affaire. Résidant à l'étranger, ils devaient faire électeur de domicile en Suisse; l'assistance d'un avocat était opportune lors de l'interrogatoire de l'accusé et des témoignages devant le juge d'instruction ou à l'audience de jugement (quand bien même la présence de la partie civile est alors facultative, en vertu de l'art. 164 al. 2 PPM). Les conseils d'un homme de loi étaient également nécessaires pour la rédaction du mémoire par lequel les recourants ont fait valoir leurs prétentions ou pour les démarches visant à lever le séquestre partant sur l'automobile endommagée. Cela étant, la valeur litigieuse n'était pas très élevée - abstraction faite des frais encourus par les recourants pour la défense de leurs intérêts - et les faits de la cause pouvaient être établis sans difficulté. L'action pénale a été ouverte d'office et il est apparu d'emblée que le comportement de l'intimé pourrait être qualifié de fautif; de ce point de vue, la partie civile n'avait aucune recherche juridique à effectuer. Il était évident, dès la première audi-

tion de l'intimé, que les coups de feu n'étaient pas justifiés; il n'était donc pas nécessaire, de la part des lésés, de demander des mesures d'instruction complémentaires pour déterminer dans le détail le comportement des différents protagonistes à ce moment. Ces opérations superflues, dépassant le travail effectivement utile, n'ont en l'occurrence pas à être prises en considération. Par ailleurs, l'étude du dossier, peu volumineux, n'exigeait pas un travail prolongé. Les pièces annexées à la note d'honoraires ("time-sheet") mentionnent néanmoins de très nombreuses conférences, notamment par téléphone, entre les recourants et leur avocat; une partie de ces démarches, qui représentent plusieurs heures de travail, apparaît toutefois superflue au regard du sort prévisible de la procédure. Dans ces conditions, le total de 56 heures de travail, indiqué dans le recours, est manifestement exagéré. Selon l'expérience générale, on peut évaluer, dans la présente affaire, à 20 heures de travail le temps nécessaire à un avocat pour la défense des intérêts de la partie civile jusqu'au jugement de première instance. Compte tenu de la nature de l'affaire, qui ne présentait pas de difficultés particulières et dont la valeur litigieuse était faible, un taux de rémunération horaire de 200 fr. moins élevé que le taux "usuel" dont se prévalent les recourants - doit être retenu. Il n'y a par ailleurs pas lieu de réduire le montant des débours réclamés par l'avocat des recourants (500 fr.). En définitive, l'indemnité globale pour les frais d'avocat doit être fixée à 4'500 fr. Le recours est partiellement admis dans cette mesure et le jugement attaqué doit être réformé sur ce point (art. 198 PPM). e) Il ne se justifie en revanche pas de condamner l'intimé au remboursement du billet d'avion acheté par le recourant P. à Marseille, ou il se trouvait momentanément pour des raisons professionnelles, et utilisé par celui-ci pour se rendre à Genève afin d'être entendu par le juge d'instruction le 30 septembre 1993. Il n'y a pas lieu de se prononcer spécialement sur la nécessité de cette nouvelle audition, requise par le recourant lui-même (cf. supra, consid. 4b), car celui-ci était en mesure d'en demander le report - ce qu'a fait la recourante dame M., entendue dès lors quelques semaines plus tard - et de proposer au magistrat une date à laquelle il se trouverait

à son domicile, dans la région de Genève. Or le recourant P. ne prétend pas avoir effectué des démarches à cet effet, ni personnellement ni par l'intermédiaire de son avocat. Il n'a donc pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour diminuer le préjudice. Dans ces conditions, l'indemnisation pour ces frais de déplacement n'entre pas en considération et le recours doit être rejeté sur ce point. (21 septembre 1995, P. et M. e. Trib div 1) 386

89. Pas d'assouplissement de la loi pénale par le biais de la réforme "Armée 95"; fixation de la durée de l'astreinte au travail (art. 8 al. 2 CPM; art. 81 ch. 2 al. 2 CPM) La réforme "Armée 95" n'a ni supprimé l'obligation du service militaire, ni rendu moins sévère la répression du refus de servir. La révision des dispositions du droit administratif sur la durée du service militaire n'est pas liée à la volonté de modifier des conceptions juridiques quant à la punissabilité du refus de servir; des lors, ces nouvelles prescriptions sont sans portée du point de vue du principe de la *lex mitior*. Confirmation de la jurisprudence selon laquelle la durée du service refusé se calcule sur la base des circonstances de fait et de droit prévalant au moment du refus, d'éventuelles modifications ultérieures de ces circonstances - par exemple à la suite de la réforme "Armée 95" - n'ayant pas à être prises en considération. · Keine Milderung des Strafgesetzes durch die Reform „Armee 95“ 11 ; Bemessung der Arbeitsleistung (Art. 8 Abs. 2 MStG; Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG) Durch die Reform „Armee 95“ wird weder die Militärdienstpflicht aufgehoben noch deren Verweigerung milder bewertet. Den geänderten verwaltungsrechtlichen Bestimmungen über die Dauer der Militärdienstpflicht liegt keine geänderte Rechtsauffassung zur Strafbarkeit der Dienstverweigerung zugrunde, so dass diese Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt der *lex mitior* ohne Bedeutung bleiben. Bestätigung der Rechtsprechung, wonach sich der verweigerte Dienst aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verweigerung berechnet und spätere Änderungen - beispielsweise als Folge der Reform „Armee 95“ - nicht berücksichtigt werden dürfen. La riforma "Esercito 95" non ha mitigato il codice penale; la durata del lavoro (art. 8 cpv. 2 CPM; art. 81 cfr. 2 cpv. 2 CPM) la riforma "Esercito 95" non ha soppresso l'obbligo del servizio né ha portato ad una valutazione meno severa del rifiuto dello stesso. La revisione delle norme amministrative sulla durata del servizio non si fonda su una modificata concezione legale della punibilità del rifiuto del servizio; pertanto, queste norme non sono di rilevanza alcuna nell'ottica della *lex mitior*. Conferma della giurisprudenza, secondo la quale la durata del servizio rifiutato si calcola sulla base delle circostanze di fatto e di diritto vigenti al momento del rifiuto, senza che si possa tener conto di mo-

difiche successive - ad esempio quelle originate dalla riforma "Esercito 95". Il résumé du dossier: A. Les faits de la cause peuvent être résumés ainsi : Le 12 juillet 1993, le sdt hôte S. s'est présenté sans son équipement à la caserne de Colombier où il devait effectuer son cours de répétition auprès de l'ER inf 202 du 12 au 31 juillet 1993; il n'obtempéra pas à l'ordre de s'équiper et déclara qu'il était résolu à refuser tout service militaire à l'avenir. L'année suivante, il ne s'est pas présenté au cours de répétition qu'il devait effectuer avec son unité du 30 mai au 17 juin 1994. Il a expliqué, en substance, qu'il considérait l'homme comme une créature admirable qu'il était injustifiable de vouloir détruire. Il estime aussi que l'armée contribue à la ruine de l'environnement écologique et qu'elle génère une escalade de la violence à laquelle U ne veut ni ne peut participer. Après avoir fait des efforts pour accomplir son école de recrues, il est parvenu à la conclusion qu'il ne pouvait concilier le service militaire avec les exigences de sa conscience. S. travailla en

qualité de physiothérapeute à l'hôpital de la ProvidenGe à Vevey. 11 participe à une association de soutien au Burkina Faso dans le but d'y prodiguer des soins; il a collaboré, il y a quelques années, à une action en vue de la construction d'une école en Afrique. Son casier judiciaire est vierge. B. Le 9 mars 1995, le Tribunal militaire de division 2 a reconnu S. coupable de refus de servir au sens de l'article 81, chiffre 2 CPM et l'a astreint à un travail d'intérêt général d'une durée de 260 jours, en l'excluant de l'armée et le condamnant au paiement des frais de procédure de première instance. Au moment de son refus de servir, S. devait encore effectuer 200 jours de service, mais la durée de l'astreinte a été calculée sur la base des nouvelles dispositions de la réforme "Armée 95", entrées en vigueur le 1er janvier 1995. C. Sur appel interjeté par l'auditeur et portant uniquement sur la durée de l'astreinte au travail dont il concluait à ce qu'elle soit fixée à 300 jours, le Tribunal militaire d'appel 1 B a confirmé le jugement de première instance en date du 22 juin 1995. D. L'auditeur s'est pourvu en cassation le 23 juin 1995. Le dossier lui ayant été communiqué le 3 août 1995, l'auditeur a motivé son pourvoi le 22 août, dans le délai impartie de vingt jours, en concluant à l'annulation du jugement 388.

du Tribunal militaire d'appel et à ce que la cause lui soit renvoyée pour statuer à nouveau. Soulevant le moyen de cassation tiré de l'article 185, alinéa 1, lettre d PPM, il fait grief au Tribunal militaire d'appel d'avoir violé l'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM et soutient que la durée de l'astreinte au travail doit être déterminée en fonction des dispositions en vigueur. Au moment du refus de servir, et non au moment du jugement. Le défenseur de l'accusé a conclu au rejet du pourvoi avec suite de frais. Le Président du Tribunal militaire d'appel 1 B a renoncé à formuler des observations. Considérant: 1. La voie de la cassation est ouverte contre les jugements rendus par les tribunaux militaires d'appel (art. 184, al. 1, lettre a PPM). L'auditeur a qualité pour se pourvoir en cassation (art. 186, al. 1 PPM). Annoncé dans le délai légal et dans la forme prescrite (art. 186, al. 2 PPM), le pourvoi, qui a été motivé en temps utile, est recevable (art. 187, al. 1 PPM). Le pourvoi, qui est cassatoire (art. 190 PPM), peut être formé, comme c'est le cas en l'espèce, pour violation de la loi pénale (art. 185, al. 1, lettre d PPM). Le Tribunal militaire de cassation n'est alors pas lié par les moyens soulevés (art. 189, al. 4 PPM), mais il ne peut statuer au-delà des conclusions prises (art. 189, al. 2 PPM). 11 est toutefois lié par les constatations de fait du jugement, sauf si celles-ci sont en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (art. 185, al. 1, lettre f PPM). - 2.a) L'auditeur soutient qu'en fixant la durée de l'astreinte au travail à 260 jours, le Tribunal militaire d'appel a violé l'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM, car c'est à tort qu'il a déterminé cette durée d'après le droit en vigueur au moment du jugement. Selon l'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM, l'objecteur de conscience est astreint à un travail d'intérêt général dont la durée, sera, en règle générale, une fois et demie plus longue que la totalité du service militaire refusé, sans excéder deux ans. Le Tribunal militaire d'appel a décidé d'appliquer cette règle générale, ce qui n'est pas litigieux. L'accusé a refusé définitivement tout service militaire le 12 juillet 1993 et il n'est pas contesté que selon les dispositions alors en vigueur, il lui restait 200 jours de service à accomplir. L'auditeur en déduit que la durée de l'astreinte au travail aurait dû être de 300 jours, soit une fois et demie la totalité du service militaire refusé. 389

Le Tribunal militaire d'appel a cependant estimé qu'il fallait appliquer le principe de la *lex mitior* (art. 8, al. 2 CPM) et effectuer le calcul sur la base des nouvelles dispositions relatives à la durée de obligations militaires, entrées en vigueur le 1er janvier 1995, ce qui l'a conduit à fixer la durée de l'astreinte au travail à 260 jours. b) 11 faut tout d'abord

déterminer si le Tribunal militaire d'appel devait fonder son calcul sur le nouveau droit parce qu'il constituerait une loi plus favorable au sens de l'article 8, alinéa 2 CPM. Dans son arrêt S. du 9 juin 1995, le Tribunal militaire de cassation a relevé que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une loi entrée en vigueur postérieurement à la commission de l'infraction ne déploie d'effet rétroactif que si l'acte ne paraît plus punissable ou paraît moins répréhensible par suite d'une modification des conceptions juridiques (ATF 89 IV 116, cons. 1a). En revanche, si la modification légale ne résulte que d'un simple changement dans des circonstances de fait, telles que les éléments objectifs qui conditionnent l'ampleur d'une obligation à charge du justiciable, la nouvelle loi ne rétroagit pas. Le calcul de la durée de l'astreinte au travail qui doit être prononcée en application de l'article 81, chiffre 2 CPM, se fonde, dès le 1^{er} janvier 1995, sur l'Ordonnance du 24 août 1994 concernant la durée du service militaire (RS 1994 2894) et l'Ordonnance du 31 août 1994 sur les services d'instruction (RS 1994 2907). Dans sa récente jurisprudence, le Tribunal militaire de cassation n'a toutefois pas tranché la question de l'application rétroactive de cette nouvelle réglementation par un Tribunal militaire appelé à statuer postérieurement à son entrée en vigueur, mais sur des faits commis antérieurement à cette date. Le Tribunal militaire de cassation doit donc déterminer si les dispositions d'exécution des Arrêtés fédéraux du 18 mars 1994 sur la réalisation de l'armée 95 (RS 1994 1622) et sur la réalisation de l'organisation de l'armée 95 (RS 1994 1629) ont une quelconque influence sur le caractère punissable ou le degré de gravité du refus de servir. Une loi est plus favorable au sens de l'article 8, alinéa 2 CPM lorsqu'elle ne réprime plus le comportement adopté par l'accusé ou lorsqu'elle le réprime moins sévèrement. Il faut que par l'effet d'un changement des conceptions juridiques, l'acte qui tombait précédemment sous le coup de la loi pénale soit désormais tenu pour non punissable ou pour moins grave (ATF 97 IV 236, cons. 3). C'est le but de la modification législative qui détermine si le nouveau droit est plus favorable (ATMC du 9 juin 1995, dans la cause S., cons. 3 et les arrêts cités).

Le Tribunal militaire d'appel s'est référé à l'ATF 97 IV 233 qui concerne le cas où une disposition pénale sanctionne la violation de règles administratives. La modification de règles administratives peut conduire à la suppression de l'illicéité du comportement, premier aspect de l'application du principe de la *lex mitior*. Or, dans le cas d'espèce, la réforme "Armée 95" n'a supprimé ni l'obligation du service militaire, ni la répression du refus de servir. Même si les nouvelles normes étaient appliquées rétroactivement, il faudrait constater que l'accusé était tenu de servir, qu'il devait effectuer le cours de répétition auquel il avait été régulièrement convoqué et que le refus de servir, dans les circonstances d'espèce, tombe sous le coup de l'article 82, chiffre 2 CPM. Les nouvelles dispositions administratives n'ont donc pas supprimé l'illicéité du comportement adopté par l'accusé. Se référant à la doctrine, le Tribunal militaire d'appel a considéré, que la nouvelle loi pouvait être plus favorable si elle prévoit une mesure ressentie comme moins sévère. C'est le second aspect de la *lex mitior* qui est alors visé, soit le cas où la loi nouvelle, réprime moins sévèrement le comportement adopté. En l'espèce cependant, la loi ne réprime pas moins sévèrement le refus de servir. L'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM n'a pas été modifié et il est toujours prévu que la durée de l'astreinte au travail sera, en règle générale, une fois et demie plus longue que celle de la totalité du service militaire refusé. Certes, les dispositions administratives réglant la durée du service militaire ont été modifiées, mais elles ne traduisent aucune volonté de réprimer moins sévèrement le refus de servir. Comme le comportement adopté est toujours illicite, que la norme prévoyant la sanction n'a pas été

modifiée et que les nouvelles dispositions administratives. ne dénotent aucune volonté de réprimer moins sévèrement le refus de servir, on ne saurait parler d'une loi plus favorable et l'arrêt cité par le Tribunal militaire d'appel ne peut manifestement pas être transposé au cas d'espèce. Le Tribunal militaire d'appel a encore cité l'article 71 CP, qui correspond à l'article 52 CPM, mais cette disposition ne concerne que la question de la prescription qui ne se pose pas dans l'examen de la présente cause. Le Tribunal militaire d'appel a évoqué la notion de délit continu. Cependant, le refus de servir est commis au moment où celui qui devrait accomplir un service militaire s'y refuse. Il est évident que les militaires ne doivent pas entrer en service tous les jours, ni rester constamment sous les drapeaux; d'ailleurs le Tribunal militaire d'appel n'a pas reproché à l'accusé d'avoir refusé de servir du 12 juillet 1993 jusqu'au jour de son jugement, mais bien d'avoir refusé des services déterminés. Le refus de servir ne peut se commettre que pendant les périodes où le service est dû, de sorte

qu'il n'est pas question d'un délit continu qui se poursuivrait sous l'empire du nouveau droit. · · e) Il se pose en réalité un problème d'interprétation, et non d'application de la loi pénale dans le temps. Sachant que l'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM n'a pas été modifié, il faut déterminer ce que l'on doit entendre par "la totalité du service militaire refusé". La durée de l'astreinte au travail a été fixée par le législateur de manière à ce que celui qui a refusé le service militaire effectue un travail d'intérêt général pendant une durée plus longue que le service militaire qu'il a refusé. L'accusé devait effectuer un cours de répétition de trois semaines en 1993. Si, à la suite d'un changement d'affectation ou d'une modification des règles administratives, il n'avait plus été astreint qu'à l'accomplissement d'un cours de deux semaines l'année suivante, cela ne pouvait rien changer au fait qu'il était tenu d'effectuer un cours de trois semaines en 1993 et qu'il avait éludé, par son refus, trois semaines de service qui étaient dues. Lorsqu'une personne a éludé un cours de répétition de trois semaines, - que les autres militaires ont accompli -, il n'est pas concevable que la durée de ce service puisse être réduite a posteriori. En tous cas, les nouvelles dispositions d'Armée 95 ne prévoient aucun effet rétroactif et ne réduisent pas la durée du service qui était dû par l'accusé en 1993 et 1994. Le service militaire doit être effectué à un moment précis, selon les dispositions en vigueur; le militaire n'a pas le choix de différer sa prestation. Il ne saurait être soutenu que celui qui n'a pas accompli son dernier cours de répétition en 1993 n'aurait pas commis de refus de servir, parce que les règles d'Armée 95 l'auraient libéré de ce service s'il avait été plus jeune et qu'il eût été soumis à ce nouveau régime après son entrée en vigueur. Ce n'est pas parce que l'accusé, par hypothèse, n'aurait plus été astreint qu'à l'accomplissement de périodes de service de quinze jours dès le 1^{er} janvier 1995 que le cours de répétition de l'année 1993 n'avait pas une durée de trois semaines. Par nature, les règles qui fixent la durée du service qui doit être accompli à un moment déterminé ne rétroagissent pas sur les périodes précédentes. Le raisonnement adopté par le Tribunal militaire d'appel ne peut donc pas être suivi. d) L'accusé soutient que l'on se trouve en présence d'un système "pour le moins original en droit pénal". Cette affirmation est inexacte. Par exemple, l'article 96, chiffre 2 LCR prévoit de déterminer la sanction en tenant compte de la prime d'assurance éludée, et l'article 175, alinéa 2 LIFD prévoit la prise en considération de l'impôt soustrait pour fixer

l'amende infligée au contrevenant. Dans ces deux cas également, la sanction dépend de l'importance de la prestation éludée. Ces prestations étant dues à un moment précis, elles doivent être déterminées selon le droit en vigueur au moment où elles auraient dû être

fournies. Ainsi, pour l'article 96, chiffre 2 LCR, le message du Conseil fédéral parle bien "de la prime non payée" et ajoute "selon le tarif en vigueur" (FF 1973 11 1178). Pour l'article 175, alinéa 2 LIFD, il s'agit bien de corriger l'imposition telle qu'elle aurait dû être effectuée à l'époque (cf. Peter Agner, Beat Jung, Gotthard Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich, 1995, p. 476, no 4). Dès lors qu'il s'agit, en l'espèce, de tenir compte du service militaire refusé, il est logique de le déterminer en fonction des dispositions en vigueur au moment où le service aurait dû être accompli. Le service refusé en 1993 n'est pas touché par les nouvelles dispositions militaires applicables à compter du 1^{er} janvier 1995. e) L'accusé ne s'est cependant pas borné à refuser un cours de répétition de trois semaines en 1993; il a déclaré, à cette époque, qu'il refusait définitivement tout service militaire à l'avenir. C'est ici que se situe la difficulté d'interprétation que recèle l'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM. Normalement, le service militaire n'est pas fourni en une fois, mais en périodes successives échelonnées sur plusieurs années, de sorte que les dispositions peuvent être modifiées pendant cette durée. Il vient immédiatement à l'esprit que l'on ne peut en tout cas pas prendre en considération des règles encore inconnues sur lesquelles l'intention de l'auteur n'a pas porté. Cette considération ne suffit pourtant pas à fixer une limite claire quant au droit applicable. Il faut plutôt constater que l'accusé, en refusant tout service militaire le 12 juillet 1993, a exécuté lui-même, par sa décision, un échelonnement de ses obligations militaires. Il a refusé, en une fois et en bloc, ses obligations militaires dont l'importance doit être appréciée conformément aux dispositions en vigueur au moment du refus. Sur ce point délicat, il convient de reproduire le considérant de l'arrêt de principe déjà rendu sur ce sujet : "Il est vrai que les jours de service dus ne sont normalement pas accomplis de manière ininterrompue, mais au contraire échelonnés dans le temps, de sorte que le citoyen remplit ses obligations militaires de manière fractionnée sur une période relativement longue de son existence; il est donc possible que, pendant cette période, des modifications législatives interviennent à l'effet de diminuer le nombre de jours de service exigés, voire de l'augmenter. Il n'est toutefois guère possible de se livrer à des supputations sérieuses sur les modifications législatives qui peuvent intervenir durant toute la période où le citoyen devrait accomplir ses obligations militaires; il n'existe par ailleurs aucun raisonnement convaincant permettant de dire à partir de quel moment il faudrait prendre en compte des dispositions qui ne 393

seraient pas encore en vigueur. L'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM prévoit que la durée de l'astreinte au travail doit être calculée sur la base "de la totalité du service militaire refusé". Il faut donc se placer au moment du refus pour déterminer quel est le service militaire refusé; le refus ne peut alors s'attacher qu'au service qui était du selon la législation en vigueur à ce moment. Autrement dit, le refus définitif rend immédiatement exigible la totalité du service, en ce sens que l'on doit calculer sur cette base la durée de l'astreinte au travail, le fractionnement normal des obligations militaires ne joue alors plus aucun rôle" (ATMC du 15 juin 1994, dans la cause A. cons. 3). Cette jurisprudence a été suivie de manière constante par le Tribunal militaire de cassation dont il n'a pas de raison de s'écarter (cf. ATMC B. du 3 décembre 1992, B. du 15 juin 1994, O. du 26 septembre 1994 et S. du 9 juin 1995). Pour n'avoir pas déterminé la durée du service militaire refusé en fonction du droit en vigueur au moment du refus, le Tribunal militaire d'appel a violé l'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM. Le pourvoi de l'auditeur doit donc être admis, le jugement annulé et la cause renvoyée au Tribunal militaire d'appel pour qu'il statue à nouveau dans le sens des considérants (art. 191, al.1 PPM). (16 décembre 1995, Aud. e.

TMA 18) 90. Kostenauf/age bei der Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (Art. 81 Ziff. 2 MStG; Art. 151 Abs. 1 MStP) Die von vornherein bestehende Bereitschaft, eine Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen, ist kein objektiver Grund gegen die Kostenaufgabe. Die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse ist die Rechtsfolge des Straftatbestands der Dienstverweigerung; ob dieser erfüllt sei, wird in einem Strafverfahren beurteilt. Wer den Militärdienst verweigert, verletzt die Rechtsordnung und löst damit ein Strafverfahren aus. Der Schuldspruch, und nicht die Art der Sanktion, rechtfertigt die Kostenaufgabe. Bei der Beurteilung der subjektiven Gründe, die ein zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse Verpflichteter gegen die Kostenaufgabe geltend macht, werden die Entschädigungen, die er für seine Arbeitsleistungen im öffentlichen Interesse erhält, mitberücksichtigt. 394

Condamnation aux frais de justice en cas d'astreinte à un travail d'intérêt général (art. 81 ch. 2 CPM; art. 151 al. 1 PPM) Le fait d'être d'emblée disposé à accomplir un travail d'intérêt général n'est pas un motif objectif excluant la condamnation aux frais de justice. L'astreinte au travail d'intérêt général est la conséquence juridique de l'infraction de refus de servir; c'est dans une procédure pénale que l'on examine si les éléments constitutifs de ce délit sont réunis. Celui qui refuse le service militaire viole une règle de l'ordre juridique et provoque ainsi l'ouverture d'une procédure pénale. La condamnation aux frais est justifiée par la déclaration de culpabilité, et non par le type de sanction prononcée. Pour apprécier les motifs subjectifs qu'une personne astreinte à un travail d'intérêt général fait valoir pour s'opposer à la condamnation aux frais, il faut prendre en considération les indemnités qu'elle perçoit pour ce travail. · Messa a carico delle spese giudiziarie in caso di obbligo a prestare un lavoro di pubblico interesse (art. 81 cpv. 2 CPM; art. 151 cpv. 1 PPM) La disponibilità a priori a prestare un lavoro di pubblico interesse non rappresenta un motivo oggettivo contro la messa a carico delle spese giudiziarie. L'obbligo a un lavoro di pubblico interesse è la conseguenza giuridica del reato di rifiuto del servizio; e in un procedimento penale che viene giudicato se questa fattispecie sia adempiuta. Chi rifiuta il servizio viola l'ordinamento giuridico e provoca in tal modo un procedimento penale. A giustificare la messa a carico delle spese giudiziarie e la dichiarazione di colpevolezza e non il genere di sanzione pronunciata. Per giudicare i motivi soggettivi che una persona obbligata a prestare un lavoro di pubblico interesse adduce per opporsi alla messa a carico delle spese giudiziarie, sono pure prese in considerazione le indennità che percepisce per questo medesimo lavoro. Das Militärkassationsgericht hat festgestellt: A. Das Div Ger 9A sprach B. am 21. November 1995 der Dienstverweigerung im Sinn von Art. 81 Ziff. 2 MStG schuldig, verpflichtete ihn zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse von 450 Tagen, schloss ihn aus der Armee aus und auferlegte ihm die Verfahrenskosten; diese bestanden aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 700.-- und übrigen Kosten von Fr. 10.--. B. Gegen die Kostenaufgabe erhebt B. Rekurs; der Auditor Div Ger 9A beantragt, ihn abzuweisen. 395

Das Militärkassationsgericht hat erwogen: 1. Die Kosten der Untersuchung und der Hauptverhandlung werden dem Verurteilten auferlegt; aus besonderen Gründen kann ihm das Gericht die Kosten ganz oder teilweise erlassen (Art 151 Abs. 1 MStP). Unter besonderen Gründen versteht die Rechtsprechung (MKGE 10 Nr. 1 und Nr. 85) entweder aussergewöhnliche Verfassumstände (objektive Gründe) oder Gründe, die in den persönlichen und familiären Verhältnissen des Verurteilten liegen (subjektive Gründe). 2. Als objektiven Grund macht der Rekurrent geltend, er sei stets bereit gewesen ~ine

Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen; er erachte es deshalb für unangemessen, ihm die Kosten eines (nach seiner Meinung entbehrlichen) Strafverfahrens aufzuerlegen. Die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse ist indes die Rechtsfolge eines Straftatbestands; ob dieser erfüllt sei, wird in einem Strafverfahren beurteilt. Bei der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse handelt es sich um eine Privilegierung der (strafbaren) Dienstverweigerung, sofern der Täter unter Berufung auf ethische Grundwerte glaubhaft darlegt, dass er den Militärdienst mit seinem Gewissen nicht vereinbaren kann (Art. 81 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 Abs. 1 MStG); auch über diese privilegierenden Voraussetzungen wird in einem Strafverfahren entschieden. Zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse verpflichtet wird demnach nur, wer auch der Dienstverweigerung schuldig gesprochen ist. Wer den Militärdienst verweigert, verletzt die Rechtsordnung und löst damit ein Strafverfahren aus. Der Schuldspruch, und nicht die Art der Sanktion (oder unter Umständen: deren Ausbleiben [Art. 81 Ziff. 5 MStG]), rechtfertigt die Kostenaufgabe im Sinn von Art. 151 Abs. 1 MStP (MKGE vom 26.9.1994 i.S. G.). 3. Ausserdem macht der Rekurrent subjektive Gründe geltend: Er habe seinen "Zivildienst" am 1. März 1996 begonnen und werde diesen voraussichtlich ohne Unterbruch durchführen, damit er im Sommer 1997 das Primarlehrer(innen)-Seminar in Liestal beginnen könne. Bis zur Beendigung seiner Ausbildung im Sommer 2000 werde er "finanziell nicht sehr gut gestellt sein". Was er während seiner "Zivildienstzeit" verdiene, reiche für sein Auskommen, doch lägen "Ausgaben im Rahmen von 700 Franken nicht mehr drin". a) Das Urteil des Div Ger 9A vermittelt keine Anhaltspunkte über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Rekurrenten. Aus den Untersuchungsakten ergibt sich, dass er sich noch in Ausbildung befindet und während der Steuerperiode 1993/94 weder über Einkommen noch Vermögen verfügte. · 396

b) Nach Art. 19 Abs. 1 der Verordnung vom 1. Juli 1992 über die Arbeitsleistung infolge Militärdienstverweigerung (VAL; SR 824.1) hat die arbeitspflichtige Person für jeden anrechenbaren Tag der Arbeitsleistung Anspruch auf eine Tagesentschädigung. Für den alleinstehenden arbeitspflichtigen Mann, der keine Rekrutenschule absolviert hat, beträgt sie nach Art. 19 Abs. 3 VAL während der ersten 103 Tage der Arbeitsleistung 15 Prozent des Höchstbetrags der Gesamtentschädigung. Diese wiederum beträgt nach Art. 1 der Verordnung 94 vom 27. September 1993 über die Anpassung der Erwerbsersatzordnung an die Lohnentwicklung (SR 834.12), auf die Art. 19 Abs. 4 VAL verweist, derzeit 205 Franken im Tag. Art. 21 VAL enthält eine Sonderregelung für Härtefälle; Art. 39 VAL bezeichnet weitere Leistungen, die der Einsatzbetrieb zugunsten der arbeitspflichtigen Person zu erbringen hat. e) Bei dieser Sachlage lässt sich kaum behaupten, die in Frage stehende Kostenaufgabe bewirke für den Rekurrenten unüberwindliche wirtschaftliche Schwierigkeiten. Der ihm auferlegte Betrag steht in keinem offensichtlichen Missverhältnis zu seinen Möglichkeiten; allfälligen finanziellen Engpässen lässt sich durch Zahlungserleichterungen, wie sie in der Praxis regelmässig gewährt werden, angemessen begegnen. (13. Mai 1996, B. e. Div Ger 9A) 91. *Coopération avec les tribunaux internationaux, questionnaire en faveur du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 9 de l'arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit humanitaire) 1. Compétence du Tribunal militaire de cassation pour statuer sur une demande de dessaisissement lorsque la procédure pénale dirigée en Suisse contre l'intéressé est menée par la juridiction militaire (consid. 2). 2. Procédure devant le Tribunal militaire de cassation; parties à cette procédure, droit d'être entendu (consid. 3). 3. Conditions à l'acceptation d'une demande de*

dessaisissement de la juridiction suisse: identité des faits, indépendamment de leur qualification juridique (consid. 4a); compétence du Tribunal pénal international dans le cas particulier (consid. 4b). 4. Prononcé de dessaisissement assorti en l'espèce de deux conditions: la décision du Tribunal militaire de cassation ne déploiera ses effets que si et des le moment où une demande de transfèrement de la personne poursuivie sera entrée en force; l'instruction pénale reprendra devant la juridiction suisse si une demande de transfèrement

397

n'est pas présentée dans un délai de six mois de la communication du prononcé au Tribunal pénal international (consid. 4c). 5. Frais et dépens (consid. 5). 6. Recours de droit administratif au Tribunal fédéral contre le prononcé du Tribunal militaire de cassation? Question laissée indécise (consid. 6).

Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten, Abtretung des Verfahrens zugunsten des Internationalen Strafgerichts für Rwanda (Art. 9 des Bundesbeschlusses vom 21. Dezember 1995 über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts)

1. Zuständigkeit des Militärkassationsgerichts, über ein Ersuchen um Abtretung des Verfahrens zu entscheiden, wenn gegen den Beschuldigten das Strafverfahren in der Schweiz durch die Militärjustiz geführt wird (Erw. 2). 2. Verfahren vor dem Militärkassationsgericht; Parteien dieses Verfahrens, Anspruch auf rechtliches Gehör (Erw. 3). 3. Voraussetzungen für einen Abtretungsentscheid zugunsten des Internationalen Gerichts: gleiche Sachverhalte, ungeachtet ihrer rechtlichen Würdigung (Erw. 4a); Zuständigkeit des Internationalen Gerichts im jeweiligen konkreten Fall (Erw. 4b). 4. Abtretungsentscheid im vorliegenden Fall unter zwei Vorbehalten: Der Entscheid des Militärkassationsgerichts entfaltet seine Wirkungen erst vom Zeitpunkt an, an dem über ein allfälliges Überstellungsersuchen rechtskräftig entschieden ist; die Strafuntersuchung vor der schweizerischen Justiz nimmt ihren Fortgang, wenn innert einer Frist von sechs Monaten, seitdem dieses Urteil dem Internationalen Gericht eröffnet wurde, kein Überstellungsersuchen eingereicht wird (Erw. 4c). 5. Kosten und Entschädigung (Erw. 5). 6. Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen den Abtretungsentscheid des Militärkassationsgerichts? Frage offen gelassen (Erw. 6).

Cooperazione con i tribunali internazionali, desistenza a favore del Tribunale/e pena/e internazionale per il Ruanda (art. 9 del decreto federale 21 dicembre 1995 concernente la cooperazione con i tribunali internazionali incaricati del perseguimento penale delle violazioni gravi del diritto internazionale umanitario). 1. Competenza del Tribunale militare di cassazione per statuire su una domanda di desistenza, quando il procedimento penale in Svizzera contro l'interessato sottostà alla giurisdizione militare (consid. 2). 2. Procedura avanti il Tribunale militare di cassazione; parti del procedimento diritto d'essere sentito (consid. 3). 398

3. Condizioni per l'accoglimento di una domanda di desistenza dalla giurisdizione svizzera: identità dei fatti, indipendentemente dalla loro qualifica giuridica (consid. 4a); competenza del Tribunale penale internazionale nel caso specifico (consid. 4 b). 4. Nel caso specifico, il giudizio di desistenza è subordinato a due condizioni: la decisione del Tribunale militare di cassazione diverrà effettiva solo se (e dal momento che) una domanda di consegna della persona perseguita sarà cresciuta in giudicato; l'istruzione penale riprenderà avanti la giurisdizione svizzera qualora detta richiesta di consegna non venisse inoltrata entro sei mesi a decorrere dalla comunicazione del dispositivo al Tribunale penale internazionale (consid. 4 e). 5. Spese e ripetibili (consid. 5). 6. Ricorso di diritto amministrativo al

Tribunale federale contro il giudizio di desistenza del Tribunale militare di cassazione? Questione lasciata aperta { consid. 6) 11 résulte du dossier: . A. Une enquête pénale ordinaire pour violation des lois de la guerre (art. 109 CPM) a été ouverte à l'encontre de M. et confiée à un juge d'instruction du Tribunal militaire de division 1. Selon un rapport établi par ce magistrat (projet de rapport final du 28 mai 1996), M., alors directeur de l'usine de thé de Gisovu (Préfecture de Kibuye, Rwanda), est saupçonné, dans le contexte de la guerre ethnique qui s'est déroulée au Rwanda du 6 avril 1994 au mois de juillet 1994, d'avoir fourni la logistique (véhicules et armement) aux milices Interharnwe et aux sympathisants de celles-ci; d'avoir organisé et commandé des expéditions de massacres des populations civiles tutsies dans la région de Bisesera - (Rwanda); d'avoir autorisé l'assassinat d'une femme et de son enfant à proximité de la demeure appelée "guest house" voisine de l'usine de thé de Gisovu; d'avoir assassiné au moins deux personnes aux abords de cette usine. Arrêté sur le territoire suisse le 11 février 1995, M. s'y trouve toujours en détention. B. La Chambre de première instance I du Tribunal pénal international pour le Rwanda, à Arusha, Tanzanie (ci-après: le Tribunal pénal international), a pris le 12 mars 1996 la décision suivante: 399

"Le Tribunal (...): Demande officiellement au Gouvernement fédéral suisse de se dessaisir en faveur du Tribunal international de toutes les enquêtes et poursuites pénales actuellement engagées par ses juridictions nationales contre M.; Invite le Gouvernement suisse à prendre toutes mesures nécessaires, tant législatives qu'administratives, aux fins de répondre à cette requête officielle et à notifier au Greffier du Tribunal international les mesures prises pour répondre à cette requête officielle; Sollicite du Gouvernement suisse qu'il transmette au Tribunal international les éléments des enquêtes et des poursuites pénales, copie des dossiers d'audience et, le cas échéant, une expédition des jugements; Sollicite du Gouvernement suisse qu'il maintienne en détention M. jusqu'à ce qu'un acte d'accusation soit établi et confirmé et qu'un mandat d'arrêt soit délivré contre lui par le Tribunal international." La Chambre de première instance a ainsi fait droit à une demande qui lui avait été présentée par le Procureur du Tribunal pénal international. Celui-ci mène actuellement des enquêtes sur des allégations de violations graves du droit international humanitaire qui auraient été perpétrées sur le territoire de la République du Rwanda, notamment sur des massacres commis d'avril à juillet 1994 dans la Préfecture de Kibuye, auxquels M. aurait pris part. Selon ces allégations, ces massacres étaient planifiés, entraînant l'assassinat en série d'un grand nombre de personnes qui étaient sous la protection du droit international. Les enquêtes visent essentiellement des personnes en position d'autorité, le Procureur estimant à cet égard que la responsabilité pénale de M. pourrait être prépondérante. Ce dernier, directeur de l'usine de thé de Gisovu, aurait mis à profit sa position pour aider et encourager l'exécution de violations graves du droit international humanitaire; il aurait été vu à plusieurs reprises sur le lieu de massacres appelé Bisesero, aurait donné des instructions aux tueurs et aurait dirigé les attaques .. C. L'Office fédéral de la police a transmis la demande du Tribunal pénal international à l'Auditeur en chef de l'armée, en vue de la décision sur le dessaisissement de la juridiction suisse, le cas échéant. Le 17 avril 1996, l'Auditeur en chef a communiqué cette demande au Tribunal militaire de cassation. D. Le Tribunal militaire de cassation a tenu une première séance de délibération le 13 mai 1996. Il a décidé d'ouvrir un échange de vues avec le Tribunal fédéral suisse sur la question de la voie de recours éventuelle contre le prononcé sur la demande de dessaisissement. Le Tribunal fédéral a répondu le 18 juin 1996. 400

Les parties à la procédure pénale ouverte devant le Tribunal de division 1 ont été invitées à faire part de leurs observations sur la demande de dessaisissement. M., par l'intermédiaire de son défenseur de choix, a dans un premier temps demandé la production du dossier du Procureur du Tribunal pénal international; il a ensuite indiqué qu'il renonçait à se déterminer sur le fond. L'Auditeur du Tribunal de division 1 a produit le dossier de l'instruction pénale en Suisse et il a renoncé à présenter des observations. · Considérant: 1. L'Assemblée fédérale a adopté le 21 décembre 1995 l'arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (ci-après: l'Arrêté fédéral; RS 351.20; RO 1996 p. 2). Cet arrêté régit en particulier la coopération avec le Tribunal pénal international pour juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'Etats voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, créé par la Résolution 955(1994) du Conseil de sécurité des Nations Unies et organisé selon son Statut, annexé à ladite Résolution (art. 1^{er} al. 1 let. b de l'Arrêté fédéral). L'Arrêté fédéral règle notamment, à son art. 9, le dessaisissement des juridictions suisses en faveur des tribunaux internationaux. Cette disposition a la teneur suivante: 10Lorsqu'un tribunal international demande qu'une juridiction suisse se dessaisisse en sa faveur, l'office [fédéral de la police] transmet la demande à l'autorité compétente après en avoir examiné la recevabilité quant à la forme. 20Le Tribunal militaire de cassation ou la juridiction pénale ordinaire compétente rend une décision de dessaisissement en faveur du tribunal international si: a. la demande porte sur les mêmes faits que ceux qui font l'objet de la procédure pénale ouverte en Suisse, et b. l'infraction relève de la compétence du tribunal international. 401

30Le dessaisissement a les effets prévus à l'article 89 de la loi sur l'entraide pénale internationale. 2. 11 convient en premier lieu d'examiner si le Tribunal militaire de cassation, à qui l'Office fédéral de la police a transmis la demande du tribunal international - considérée par cet office comme recevable quant à la forme - est en l'espèce l'autorité compétente au sens de l'art. 9 al. 1 de l'Arrêté fédéral. · a) En droit interne, les civils qui, à l'occasion d'un conflit armé, se rendent coupables d'infractions contre le droit des gens, au sens des art. 108 à 114 CPM, sont soumis au droit pénal militaire (art. 2 et 9 CPM), même si l'infraction a été commise à l'étranger (art. 9 al. 1 CPM); ils sont alors justiciables des tribunaux militaires (art. 218 al. 1 CPM). L'art. 109 al. 1 CPM réprime, sous le titre "violation des lois de la guerre", celui qui aura contrevenu aux prescriptions de conventions internationales sur la conduite de la guerre ainsi que pour la protection de personnes et de biens, de même que celui qui aura violé d'autres lois et coutumes de la guerre reconnues. En l'espèce, M. est soupçonné en particulier de violations graves de prescriptions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et des Protocoles additionnels à ces conventions, du 8 juin 1977, de sorte qu'il a été considéré comme justiciable des tribunaux militaires et qu'une instruction pénale a alors été ouverte à son encontre. b) Dans le système du droit suisse, comme cela vient d'être exposé, la poursuite et la répression des infractions graves au droit international humanitaire incombent en principe à la justice militaire; dans ce cas, il appartient exclusivement au Tribunal militaire de cassation de statuer sur le dessaisissement. La "juridiction pénale ordinaire", mentionnée à l'art. 9 al. 2 de l'Arrêté fédéral, n'est compétente à cet égard que dans l'hypothèse où les violations du droit international auraient été commises en concurrence avec d'autres délits, non justiciables des tribunaux militaires et faisant l'objet d'une instruction devant une autre juridiction

pénale (cf. Message du Conseil fédéral concernant l'Arrêté fédéral, FF 1995 IV p. 1 065 ss, p. 1077). La seule procédure pénale dirigée en Suisse contre M. est menée par la juridiction pénale militaire; le Tribunal militaire de cassation est donc compétent pour statuer sur les conditions du dessaisissement, conformément à l'art. 9 al. 2 de l'arrêté fédéral. e) Il n'appartient pas au Tribunal militaire de cassation de se prononcer sur les autres points mentionnés dans la demande qu'au Tribunal pénal international. Il n'a en particulier pas la compétence d'ordonner la transmission de renseignements ou de moyens de preuve (cf. art. 8 de l'Arrêté fédéral), l'arrestation de la personne poursuivie au x fins de transfèrement (cf. art. 12 de 402

l'Arrêté fédéral), voire le transfèrement de cette personne au Tribunal pénal international (cf. art. 13 de l'Arrêté fédéral). Une demande formelle tendant au transfèrement de M. ne paraît au demeurant pas avoir été déposée en l'état. 3.a) L'Arrêté fédéral n'indique pas la procédure à suivre en l'occurrence devant le Tribunal militaire de cassation. À son art. 2, il renvoie néanmoins, pour les questions non traitées, à la loi fédérale sur l'entraide pénale internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1), dont les dispositions s'appliquent alors par analogie. L'art. 12 E-IMP prévoit que, sauf disposition contraire, les autorités administratives fédérales appliquent par analogie la loi fédérale sur la procédure administrative, et les autorités cantonales leurs propres règles de procédure; par ailleurs, les actes de procédure sont réglés par le droit de procédure applicable en matière pénale. Il faut interpréter cette règle dans ce sens que le Tribunal militaire de cassation, qui n'est pas une autorité administrative fédérale, doit en principe appliquer, par analogie, la procédure pénale militaire (PPM; RS 322.1). Il statue donc sans débats oraux, après avoir donné aux parties l'occasion de s'exprimer par écrit (cf. art. 187 al. 1 et 2, 188, 189 al. 1, 197 al. 1 et 3 PPM). b) La demande de dessaisissement tend à ce que les autorités suisses renoncent, au profit du Tribunal pénal international, à leur compétence pour juger la procédure nationale actuellement en cours. Le sort de la cause suisse est en jeu et les parties à cette procédure pénale ont aussi la qualité de partie devant le Tribunal militaire de cassation. Il s'agit en l'occurrence de l'auditeur au Tribunal de division et du prévenu (cf. art. 113, 114 al. 1, 144 al. 1 PPM). Ni l'Organisation des Nations Unies, ni le Tribunal pénal international ne sont parties à la procédure devant les autorités internes compétentes pour statuer sur la demande de dessaisissement. Dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale, l'Etat requérant et l'autorité requérante n'ont pas la qualité pour agir devant les autorités d'exécution et de recours de l'Etat requis (cf. Philippe Neyroud, *Entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale*, Genève 1986, p. 4 7); ces principes s'appliquent ici. e) Les parties à la procédure pénale doivent pouvoir s'exprimer avant que ne soit prise une décision qui y mettrait un terme. Pour la personne poursuivie, cette exigence découle notamment de l'art. 4 Cst., qui garantit le droit d'être entendu, l'exercice de ce droit supposant un accès aux pièces pertinentes (cf. notamment ATF 121 V 150 consid. 4a, 120 lb 383 consid. 3b, 119 la 136 consid. 2d, 116 lb 190); il résulte au demeurant de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 118 lb 269 consid. 3a) que ces principes sont applicables dans une procédure tendant à la délégation d'une poursuite pénale à un Etat étranger (art. 88 ss EIMP), acte d'entraide que l'on peut assimiler au dessaisissement selon l'Arrêté fédéral (cf. à ce propos l'art. 9 al. 3 de l'Arrêté fédéral, qui renvoie à l'art 89 EIMP). Le dossier de la présente cause est constitué de la demande du Tribunal pénal international et de ses annexes, des observations des parties, ainsi que des pièces de la

procédure pénale suisse, à tout le moins des pièces décisives pour l'application de l'art. 9 al. 2 let. a de l'Arrêté fédéral, car il ne s'agit pas de juger du bien-fondé de l'accusation. En l'occurrence, la possibilité a néanmoins été offerte aux parties de consulter l'intégralité du dossier d'instruction du Tribunal de division. Le dossier de la procédure interne de dessaisissement ne comprend en revanche pas le dossier de l'instruction menée jusqu'ici par les organes du Tribunal pénal international; le Tribunal militaire de cassation n'est d'ailleurs pas amené à rendre une décision dans le cadre de cette dernière procédure, mais il doit seulement statuer sur le sort de la procédure pénale suisse. La requête de M., tendant à la production du dossier du Procureur du Tribunal pénal international, doit dès lors être écartée.

4. La décision de dessaisissement dépend de deux conditions, énoncées à l'art. 9 al. 2 de l'Arrêté fédéral.

a) La première condition est que la demande porte sur les mêmes faits que ceux qui font l'objet de la procédure pénale ouverte en Suisse. Il résulte clairement de cette formulation qu'il s'agit ici exclusivement d'examiner les faits, et non pas leur qualification juridique. Par ailleurs, il faut se fonder sur la demande présentée par le Tribunal pénal international, en la confrontant avec les faits qui font l'objet de la procédure pénale ouverte en Suisse. Comme la Confédération a décidé d'appliquer à titre autonome la Résolution 955(1994) du Conseil de sécurité des Nations Unies (cf. Message concernant l'Arrêté fédéral, FF 1995 IV p. 1070) et de coopérer avec le Tribunal pénal international, le principe de la confiance, applicable dans les relations internationales, doit prévaloir et il faut s'en remettre à l'état de fait exposé dans la demande de dessaisissement, sauf si - ce qui n'est pas le cas en l'espèce - celui-ci se révèle manifestement erroné, lacunaire ou contradictoire (cf., à propos de demandes d'entraide selon l'EIMP: ATF 114 I b 56 consid. 3b, 11 O I b 173 consid. 4d); dans un tel cas, les autorités suisses auraient la possibilité de demander des enseignements supplémentaires au Tribunal pénal international. Si l'on se trouve en présence des "mêmes faits" il n'y a pas lieu d'examiner au surplus leur qualification selon le droit suisse et le droit international, ni les preuves éventuelles. Ces questions relèvent du jugement et ne sau-

raient être examinées déjà au stade du dessaisissement. Comme les enquêtes pénales sont en cours, il est évident qu'il n'est pas possible, en l'état, d'apprécier quels sont les faits qui pourront en être retenus dans un acte d'accusation, puis prouvés. Il s'agit donc seulement, sur la base de soupçons articulés, de dire si - les deux procédures, indépendamment des qualifications juridiques, sont dirigées contre la même personne à raison du ou des mêmes faits. En l'espèce, il est manifeste que les deux procédures sont dirigées contre la même personne, à savoir M.. Elles concernent toutes deux un même complexe de faits ayant eu lieu à la même époque et dans la même région, soit la participation du prévenu, auteur de l'usine de thé de Gisovu, à des massacres qui se sont déroulés au Rwanda en 1994. On peut donc considérer que la demande du Tribunal pénal international porte sur les mêmes faits que ceux qui font l'objet de la procédure pénale ouverte en Suisse, de sorte que la première condition est remplie.

b) La seconde condition, posée par l'art. 9 al. 2 let. b de l'Arrêté fédéral, est que l'infraction relève de la compétence du Tribunal pénal international. Bien que ce point ait déjà été examiné dans la décision prise le 12 mars 1996 par la Chambre de Première instance I du Tribunal pénal international, la formulation de l'art. 9 al. 2 de l'Arrêté fédéral montre clairement qu'il appartient au Tribunal militaire de cassation d'examiner à nouveau la question, en tant que condition d'un renoncement à la compétence suisse. Pour les raisons déjà exposées, il faut s'en tenir à cet égard aux faits imputés, selon la demande, à la personne poursuivie. La participation active à des massacres de Tutsis et de Hutus modérés, commis au Rwanda d'avril à juillet 1994, constitue assurément un état de

fait qui relève de la compétence matérielle du Tribunal pénal international (cf. art. 1 à 4 du Statut du Tribunal international pour le Rwanda, annexé à la Résolution 955(1994) du Conseil de sécurité - après: le Statut; cf. Revue Universelle des Droits de l'Homme [RUDH] 1995 p. 161 s s). Ce Tribunal est également compétent *ratione personae* pour juger la personne poursuivie (art. 5 et 6 du Statut), et les faits préétablis tombent dans sa compétence *ratione loci* et *ratione temporis* (art. 7 du Statut). La personne poursuivie ne peut invoquer aucune objection à la compétence du Tribunal pénal international; en particulier, n'ayant pas été traduit devant une juridiction nationale pour un jugement, il ne peut se prévaloir du principe "ne bis in idem" (art. 9 ch. 2 du Statut). Le dessaisissement est, en l'occurrence, conforme au principe selon lequel le Tribunal pénal international a la primauté sur les juridictions nationales de tous les Etats (art. 8 ch. 2 du Statut). La seconde condition étant également remplie, il y a lieu de prononcer le dessaisissement demandé. 405

e) Le dessaisissement n'a de sens que si le Tribunal pénal international se charge effectivement de l'affaire. Il convient dès lors de prévoir une condition suspensive, en ce sens que la présente décision ne déploiera ses effets que si et dès le moment où une décision de transfèrement de la personne poursuivie sera entrée en force (cf. art. 13 de l'Arrêté fédéral). La personne poursuivie étant actuellement détenue préventivement dans le cadre d'une instruction pénale, cette condition suspensive permet au juge militaire chargé de statuer sur la prolongation de cette détention (cf. art. 59 PPM) de conserver sa compétence à cet égard, jusqu'à une mise en liberté éventuelle ou une arrestation à d'autres fins (cf. notamment art. 11 ss de l'Arrêté fédéral). En revanche, le prononcé du dessaisissement, même assorti de cette condition, exclut en principe d'autres actes d'instruction par la juridiction suisse (cf. art. 89 EIMP, par renvoi de l'art. 9 al. 3 de l'Arrêté fédéral). Il se justifie de prévoir une autre clause, à savoir que l'instruction pénale reprendra devant la juridiction suisse si une demande de transfèrement n'est pas présentée dans un délai de six mois dès la communication du présent prononcé au Tribunal pénal international pour le Rwanda. La personne poursuivie a en effet le droit, en vertu de conventions internationales auxquelles la Suisse est partie, d'être jugée sans retard excessif (cf. notamment art. 14 ch. 3 let. e du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [RS 0.103.2]) .. 5. Le Tribunal militaire doit statuer sur les frais et dépens selon son appréciation (art. 183 al. 1 et 2, 193, 199 PPM par analogie; cf. supra, consid. 3a). Le Tribunal pénal international ou l'Organisation des Nations Unies n'ont pas à supporter les frais liés à l'examen de la demande de dessaisissement. En cas de délégation d'une poursuite pénale à l'étranger, l'Etat étranger n'est pas tenu au remboursement des frais de procédure causés en Suisse (art. 93 al. 3 EIMP); cette disposition peut être appliquée ici par analogie, en vertu du renvoi de l'art. 9 al. 3 de l'Arrêté fédéral. M., qui n'a pas pris de conclusions, ne succombe pas, mais il n'obtient pas non plus gain de cause. Des frais ne sauraient être mis à sa charge pour des motifs portant atteinte à la présomption d'innocence (cf. ATF 120 Ia 147 consid. 3b, 116 Ia 162 consid. 2a p. 166); cela étant, il ne s'agit pas de statuer ici sur les frais de la procédure pénale, qui seront répartis par l'autorité de jugement. Il n'y a en conséquence pas lieu de percevoir des frais pour la présente procédure d'entraide. M. n'a pas non plus droit à une indemnité pour ses frais d'avocat dans cette procédure. 6. La 1ère Cour de droit public du Tribunal fédéral, interrogée à ce sujet, a fait savoir qu'elle ne recevrait en principe pas un recours de droit adminis-

406
tratif dirigé contre une décision du Tribunal militaire de cassation en matière de dessaisissement. Il n'y a pas lieu d'examiner ici plus précisément cette question, car il

appartiendrait, dans un cas concret, au Tribunal fédéral de se prononcer d'office et librement sur la recevabilité d'un recours qui lui serait soumis (ATF 122 I 39 consid. 1, 121 I 11-39 consid. 2 et les arrêts cités). Il résulte néanmoins de l'échange de vues entre le Tribunal fédéral et le Tribunal militaire de cassation qu'aucune voie de recours ne doit être indiquée dans le présent prononcé. (13 mai 1996, M. et TPI) Dienstversäumnis nach verspätetem Einrücken; Strafzumessung (Art. 81a MStG; Art. 44 MStG) Trifft ein zum Wiederholungskurs ordnungsgemäss aufgebotener Angehöriger der Armee verspätet am Einrückungsort ein, so dauert die Rechtsbeständigkeit des Aufgebots fort. Entschliesst er sich, ungeachtet des rechtsbeständigen Aufgebots, den Wiederholungskurs nicht zu leisten und fährt er nach Hause zurück, so versäumt er den Dienst mit Wissen und Willen; dieser Entschluss und nicht das verspätete Einrücken oder mangelnde Vorkehren, um die Truppe ausfindig zu machen begründet den Vorwurf der vorsätzlichen Dienstversäumnis. Hatte ein Beschuldigter im Verlauf von zwei Hauptverhandlungen hinreichend Gelegenheit, die für ihn sprechenden (insbesondere persönlichen) Gesichtspunkte vorzutragen, so brauchen im Hinblick auf die Strafzumessung keine weiteren Abklärungen über seine persönlichen Verhältnisse von Amtes wegen vorgenommen zu werden. Insoumission après entrée en service tardive; mesure de la peine (art. 81a CPM; art. 44 CPM) . Lorsqu'une personne incorporée dans l'armée et régulièrement convoquée au cours de répétition se présente tardivement au lieu d'entrée en service, l'ordre de marche est alors toujours en force. Si cette personne est déterminée, en dépit de cet ordre exécutoire, à ne pas accomplir le cours de répétition et rentre à la maison, elle est, avec conscience et volonté, l'auteur d'une insoumission; c'est cette détermination et non pas l'entrée en service tardive, ni l'insuffisance des démarches effectuées pour retrouver la troupe qui fonde la prévention d'insoumission intentionnelle. , Lorsqu'un accusé a eu suffisamment l'occasion, au cours de deux audiences principales, d'exposer les éléments (personnels notam-

ment) en sa faveur, il n'est pas nécessaire, pour la fixation de la peine, de compléter d'office l'instruction sur la situation personnelle. Omissione de/ servizio dopo entrata in servizio tardiva; commisurazione de/la pena (art. 81a CPM; art. 44 CPM) L'ordine di marcia mantiene la propria validità anche se il milite, regolarmente convocato per il corso di ripetizione, si presenta tardivamente sul luogo di entrata in servizio. Se egli decide, nonostante l'ordine di marcia valido, di non assolvere il corso di ripetizione e rientra a casa, si rende consapevolmente e intenzionalmente colpevole di omissione del servizio; su questa decisione e non sulla tardiva entrata in servizio, né sulla mancata messa in atto dei passi necessari per ritrovare la truppa - si fonda l'accusa di omissione intenzionale del servizio. Quando l'accusato, nel corso di due udienze dibattimentali, ha avuto sufficientemente occasione di esporre gli elementi (segnatamente personali) a proprio favore, per la commisurazione della pena non è necessario completare d'ufficio l'inchiesta sulla sua situazione personale. Das Militärkassationsgericht hat festgestellt: A. Am 8. Februar 1995 ordnete der Oberauditor gegen Füs H. eine Voruntersuchung an, die folgenden Sachverhalt ergab: Füs H. hatte ein ordnungsgemäss erlassenes Aufgebot erhalten, wonach er am 10. Oktober 1994, 10.00 Uhr, beim Bahnhof Sarnen in den WK 1994 hätte einrücken sollen. Am Einrückungstag fuhr er mit seinem Personenwagen von Wiler, seinem Wohnort, nach Sarnen, traf aber erst gegen 11.00 Uhr ein. Seine Einheit befand sich nicht mehr dort. Bis gegen 13.00 Uhr wartete er im Bahnhofrestaurant. Dann entschloss er sich, den WK nicht zu leisten, und fuhr wieder nach Hause. B. Diesen Sachverhalt legte der Auditor Div Ger 9A einem Strafmandat vom 25. April 1995 zugrunde. Darin wurde Füs H. der vorsätzlichen Dienstversäumnis im Sinn von Art. 81a

Ziff. 1 MStG schuldig erklärt und mit 20 Tagen Gefängnis, unter Gewährung des bedingten StrafvoUzugs, bestraft. Auf Einsprache von Füs H. bestätigte -das Div Ger 9A am 30. August 1995 Schuldspruch und Strafmass. Am 5. Februar 1996 entschied das MAG 28 über eine Appellation von Füs H. in gleichem Sinn. C. Füs H. führt Kassationsbeschwerde. Er beantragt, das Urteil des MAG 28 vom 5. Februar 1996 sei aufzuheben; die Sache sei zur Freisprechung des Beschwerdeführers wegen vorsätzlicher Dienstversäumnis an die Vorinstanz zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolg~ zulasten des Bundes. Der Auditor Div Ger 9A beantragt die kostenfällige. 408

Abweisung der Kassationsbeschwerde. Der Präsident MAG 28 verzichtet - auf einen Bericht. Das Militärkassationsgericht hat erwogen: 1. In tatsächlicher Hinsicht räumt der Beschwerdeführer ein, sich auf dem Weg von Wiler nach Sarnen verfahren zu haben und deshalb erst mit rund einstündiger Verspätung am Einrückungsort eingetroffen zu sein. 2. In rechtlicher Hinsicht steht für den Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 81a und Art. 44 MStG im Vordergrund. Der Tatbestand der Dienstversäumnis sei erfüllt, wenn sich der Pflichtige nicht zur bestimmten Zeit am bestimmten Ort einfinde, um sich während einer bestimmten Dauer zur persönlichen Dienstleistung zur Verfügung zu stellen. Dagegen sei dieser Tatbestand nicht erfüllt, wenn der Pflichtige nach verspätetem Einrücken die Truppe nicht aufsu.che, die sich nicht mehr am Einrückungsort · befinde. Die Vorinstanz (MAG 28) habe ihm nicht vorgeworfen, dass er zu spät eingerückt sei und sich nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt habe, sondern dass er keinerlei Anstrengungen unternommen habe, um den Anschluss an · seine Einheit wiederzufinden. Solch angeblich grosse Nachlässigkeit schliesse eine vorsätzliche Tatbegehung aus. Die Vorinstanz habe · den Begriff des Aufgebots verkannt, indem sie dem Beschwerdeführer eine durch keine Garantspflicht gegebene unechte Unterlassung unterstellt habe. Zum massgebenden Zeitpunkt habe der Beschwerdeführer keinen Vorsatz gehabt; sein VerschuldeiR könne höchstens im Mangel an \ (orkehrungen liegen, zum massgebenden Zeitpunkt das Bewusstsein der gebotenen Handlung zu erlangen. Verfehlt sei die Auffassung der Vorinstanz, dass es sich um Dolus subsequens handle; bei Dauerdelikten wäre "der Tatbestand erst ab Hinzukommen des Dolus superveniens" erfüllt. Fern~r habe · die Vorinstanz' die Strafzumessung nicht hinreichend begründet, sondern sich unbesehen den Ausführungen der ersten Instanz angeschlossen; dort seien das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse und die militärische Führung nicht oder doch nicht genügend gewürdigt. Wenn überhaupt, handle es sich hier um einen leichten Fali im Sinn von Art. 81a MStG, so dass, gegebenenfalls, lediglich eine disziplinarische Bestrafung am Platz wäre. ' 3. Zur Verle~ung von Art. 81a MStG: Oie zum Teil verwirrend anmutenden rechtstheoretischen Einwendungen des Beschwerdeführers lassen sich auf ein paar einfache Überlegungen zurückführen. Er beruft sich auf verschiedene Rechtsfiguren, wie unechtes 409

Unterlassungsdelikt, Garantpflicht, Dolus subsequens oder Dolus superveniens, um geltend zu machen, der Tatbestand der vorsätzlichen Dienstversäumnis könne nur dann erfüllt sein, wenn der Vorsatz exakt zum Einrückungszeitpunkt gegeben ist. Inhalt eines Aufgebots ist jedoch die · Anweisung, sich einem Kommando zu unterstellen, um Dienst zu leisten (Peter Popp, Kommentar zum MStG [St.Gallen 1992] N.4 zu Art. 81a MStG). Dass· de r Beschwerdeführer verspätet · a m Einrückungsort eintraf, deutet auf eine Nachlässigkeit hin, deren nähere Qualifikation dahingestellt bleiben mag. Di e Rechtsbeständigkeit des Aufgebots dauerte in des fort und hätte erst mit der Entlassung der Truppe geendet (Popp, N.20 zu Art. 81a MStG). Als der Beschwerdeführer sich, ungeachtet

eines rechtsbeständigen Aufgebots, entschloss, den WK nicht zu leisten, und wieder nach Hause fuhr, versäumte er diesen Dienst mit Wissen und Willen (Art. 15 Abs. 2 MStG). Die Rüge der Verletzung von Art. 81a MStG erweist sich als unbegründet. 4. Zur Verletzung von Art. 44 MStG: Die Vorinstanz hat sich im wesentlichen darauf beschränkt, -aut die im erstinstanzlichen Urteil namhaft gemachten Strafzumessungsfaktoren zu verweisen. Insbesondere hat sie festgehalten, dass der Beschwerdeführer in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung keine bisher nicht bekannten Strafminderungs- oder Strafmilderungsgründe vorgebracht habe, weshalb das Strafmaß der ersten Instanz zu bestätigen sei. Hiergegen macht der Beschwerdeführer nicht einmal geltend, inwiefern die konkrete Strafe unter eingehenderer Berücksichtigung der von ihm angeführten Verhältnisse anders hätte ausfallen müssen. Selbst wenn die Begründung der Strafzumessung knapp ausgefallen sein mag, steht vorweg fest, dass sich die zu beurteilende Strafe im unteren Bereich des zulässigen Strafmaßes bewegt, wenn man bedenkt, dass sich der Beschwerdeführer der Dienstleistung - als ganzer entzogen hat. Im Verlauf von zwei Hauptverhandlungen hatte er hinreichend Gelegenheit, die für ihn sprechenden Gesichtspunkte vorzutragen; soweit er dies nicht getan hat, ist nicht einzusehen, weshalb noch weitere Abklärungen zu seinen persönlichen Verhältnissen hätten vorgenommen werden sollen. Auch die Rüge der Verletzung von Art. 44 MStG erweist sich als unbegründet. Erscheint die ausgefallene Strafe demnach als angemessen, so ist damit zugleich gesagt, dass hier kein leichter Fall vorliegt, der sich lediglich disziplinarisch hätte ahnden lassen. (6. September 1996, H. e. MAG 28) 410

93. Zuständigkeit des Militärappellationsgerichts, auch bei nachträglicher Beschränkung der Appellation auf den Kostenpunkt (Art. 172 Abs. 1 MStP) Wird eine frist- und formgerecht erklärte Appellation, die sich gegen ein Urteil als Ganzes richtet, später teilweise, im Schuld- und Strafpunkt, zurückgezogen, im Kostenpunkt jedoch aufrechterhalten, so wird sie deswegen nicht zum Kostenrekurs, der vom Militärkassationsgericht zu beurteilen wäre. Zuständig, ohne mit Ausnahme des Kostenpunkts zurückgezogene Appellation zu beurteilen, bleibt vielmehr das Militärappellationsgericht. *Compétence du Tribunal militaire d'appel /orsque les conclusions de l'appelant sont modifiées et ne portent plus que sur la condamnation aux frais (art 172 al. 1 PPM) · Un appel, respectant les conditions formelles de recevabilité, dirigé contre le jugement dans son ensemble puis modifié ensuite de telle sorte que seule la condamnation aux frais est contestée - les griefs relatifs à la culpabilité et à la peine étant retirés -, ne doit pas être traité comme un recours en matière de frais, qui serait de la compétence du Tribunal militaire de cassation. Le Tribunal militaire d'appel demeure compétent pour statuer sur l'appel qui, partiellement retiré, porte encore sur la question des frais. Competenza del Tribunale militare di appello, anche in caso di successiva limitazione del gravame alla questione delle spese e indennità (art. 172 cpv. 1 PPM) . Un appello inoltrato tempestivamente e nelle forme di legge contro una sentenza nel suo insieme e successivamente ritirato in punto alla dichiarazione di colpevolezza ed alla pena; mantenendo così pendente la sola questione delle spese e indennità, non diviene per questo un ricorso in materia di spese e indennità - sul quale dovrebbe pronunciarsi il Tribunale militare di cassazione. La competenza per statuire su di un appello parzialmente ritirato, che lascia aperta la sola questione delle spese e indennità, rimane del Tribunale militare di appello. Aus dem Sachverhalt: A. Rekr S. wurde am 10. April 1996 vom Div Ger 8 ohne Kosten- ausscheidung von der Anklage der Tötlichkeit zum Nachteil von Rekr M. sowie von der Anklage der mehrfachen Drohung freigesprochen. Gleichzeitig sprach ihn das Gericht jedoch der einfachen Körperverletzung*

und der Tatlichkeit zum Nachteil von Rekr B. schuldig und verurteilte ihn zu 411

einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 20 Tagen und zu den Verfahrenskosten von Fr. 630.80. B. Gegen dieses Urteil erklärte der Verteidiger des Angeklagten fristgerecht die Appellation. Sie richtete sich gegen die Verurteilung wegen Tatlichkeit und wegen einfacher Körperverletzung ohne Annahme eines leichten Falles sowie gegen die volle Überbindung der Gerichtskosten an Rekr B. und gegen die Verweigerung einer Parteientschädigung. C. Am 4. Juli 1996 zog der Verteidiger die Appellation in bezug auf die beiden Schuldsprüche zurück, gleichzeitig hielt er an der Appellation gegen den Kostenentscheid fest. In der Meinung, dass die Anfechtung des Kostenentscheides als Rekurs weiterzubehandeln sei, fügte er die entsprechende Rekursbegründung bei. D. Mit Verfügung vom 9. Juli 1996 nahm der Präsident MAG 2A vom Rückzug der Appellation Kenntnis. Er schrieb das Appellationsverfahren in der Geschäftskontrolle ab und auferlegte dem Appellanten Fr. 200.-- an Verfahrenskosten. Die Rekurschrift wurde dem Auditor des Div Ger 8 zur Vernehmlassung zugestellt. E. In seiner Vernehmlassung vom 17. Juli 1996 beantragte der Auditor, es sei auf den Rekurs wegen Verspätung nicht einzutreten, eventuell sei der Rekurs abzuweisen. F. Am 2. August 1996 überwies der Präsident MAG 2A die Akten an das Militärkassationsgericht, da dieses für die Behandlung des Rekurses zuständig sei. Aus den Erwägungen: 1. Gegen Urteile eines Divisionsgerichts ist .. mit Ausnahme der Abwesenheitsurteile - gemäss Art. 172 Abs. 1 MStP die Appellation zulässig ~ Wird allerdings nur der Entscheid über einen zivilrechtlichen Anspruch oder über die Kosten und die Entschädigung angefochten, so kann nach Art. 172 Abs. 2 MStP. bloss Rekurs an das Militärkassationsgericht erhoben werden. 2. Gegen das Urteil des Div Ger 8 vom 10. April 1996 liess Rekr S. durch seinen privaten Verteidiger rechtzeitig und formgültig die Appellation erklären. Diese bezog sich sowohl auf den Schuld- und Strafpunkt als auch auf den Entscheid über die Kosten und die Entschädigung. Das MAG 2A war daher gemäss Art. 9 MStP zur Behandlung dieses Rechtsmittels zuständig. 412

3.a) Der Rückzug der Appellation in bezug auf den Schuld- und Strafpunkt, nicht aber hinsichtlich der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung, wirft die Frage auf, ob das Rechtsmittel weiterhin als Appellation im Sinne von Art. 172 Abs. 1 MStP oder aber als Rekurs im Sinne von Art. 172 Abs. 2 MStP zu behandeln ist. b) Art. 175 MStP äussert sich nur zum vollständigen Rückzug der Appellation (dazu Bollinger, Appellation im Militarstrafprozess, Diss Zürich 1988, S. 103 ff), - im Unterschied zur .. Beschränkung der Appellation im Sinne von Art. 174 Abs. 1 MStP - aber nicht zum bloss teilweisen Appellationsruckzug, dessen Zulässigkeit indessen ausser jedem Zweifel steht (vgl. u.a. MKGE 1 O N r. 79 E. 1; siehe sodann Bollinger, S. 205 ff. mit weiteren Hinweisen). Die Frage, ob die nachträgliche Appellationsbeschrankung auf die Kosten und die Entschädigung im Sinne von Art. 172 Abs. 2 MStP zu einem Wechsel des Rechtsmittels führt, ist daher aufgrund der Gesetzesauslegung zu beantworten. e) Das Strafprozessrecht kennt den Grundsatz, wonach eine einmal begründete Zuständigkeit nach Möglichkeit beizubehalten ist (Grundsatz der perpetuatio fori: dazu Schmid, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 117 N. 423; Oberholzer, Strafprozessrecht, Bern 1994, S. 69). Er ist auch dem Zivilprozessrecht nicht fremd (Guldener, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich, S. 234). Für die Beachtung dieses Grundsatzes im Militarstrafprozess spricht insbesondere der Umstand, dass für den Rekurs nach Art. 197 MStP andere Form- und Fristvorschriften gelten als für die Appellation. Während die Appellation innert der gesetzlichen Frist von

fünf Tagen vorerst lediglich schriftlich oder mündlich zu erklären ist (Art. 174 MStP) und dann noch an der Hauptverhandlung _im Sinne von Art. 181 MStP begründet werden kann (Bollinger, a.a.O., S. 86), muss ein Rekurs innert zwanzig. Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des angefochtenen Entscheides schriftlich mit Antrag und Begründung beim Gericht eingereicht werden, dessen Entscheid angefochten wird (Art. 197 MStP). Würde die formgültig -eingereichte Appellation wegen der nachträglichen Beschränkung auf die Kosten und die Entschädigung von Gesetzes wegen zum Rekurs, so könnten die Formvorschriften und die Rechtsmittelfrist im Zeitpunkt des Teilrückzugs der Appellation vielfach - wie auch _ im vorliegenden Fali (das schriftliche Urteil des Div Ger 8 wurde spätestens am 3. Juni 1996 in Empfang genommen, während der Teilrückzug erst, am 4. Juli 1996, aber noch vor der auf den 10. Juli 1996 angesetzten Hauptverhandlung i m Appellationsverfahren erfolgte) - nicht mehr eingehalten werden. Solche Schwierigkeiten zum Nachteil eines Appellanten lassen sich nur vermeiden, wenn es bei der einmal eingereichten Appellation sein Bewenden h~t. Gegen 'den Wechsel des Rechtsmittels von Gesetzes wegen sprechen sodann Überlegungen der Prozessökonomie (dazu u.a. MKGE 10 Nr. 48), 413

wie ebenfalls das Verfahren in Sachen Rekr S. zeigt. Da die Beschränkung .der Appellation erst wenige Tage vor der Verhandlung vor dem Militärappellationsgericht erfolgt ist, haben die Akten bereits bei den Richtern des MAG 2A zirkuliert (Art. 178 MStP). Sie sind - im Unterschied zur neu mit einem Rekurs befassten weiteren Gerichtsinstanz - in der Lage, ohne Weiterungen den erforderlichen Entscheid zu fällen. d) Aufgrund der dargelegten Rechtslage ist das MAG 2A nach wie vor 4uständig, die bei ihm eingereichte und nachträglich nur teilweise zurückgezogene Appellation zu behandeln. Die Verfügung des Präsidenten MAG 2A vorn 9. Juli 1996, wonach die Appellation vom Geschäfts- , verzeichnis insgesamt abgeschrieben wird, die hinsichtlich der dem Appellanten auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 200.-- Gegenstand eines Rekurses an das Militärkassationsgericht sein könnte (Bollinger, a.a.O., S. 106 unter Hinweis auf MKGE 1 O N r. 48), wird damit hinfällig, denn für ei nen Rekurs gegen die Verfahrenskosten vor dem Div Ger 8 bleibt - wie ausgeführt - kein Raum. 4. Auf den vorliegenden Rekurs ist aus den dargelegten Gründen nicht einzutreten. Die Akten gehen an das MAG 2A zurück zum Entscheid über die Appellation, soweit sie am 4. Juli 1996 nicht zurückgezogen worden ist. (11. Dezember 1996, S. e. M-AG 2A) 414

MKGE 1 MKGE2 MKGE3 MKGE4 MKGE5 MKGE6 MKGE7 MKGE8 MKGE9
MKGE10 MKGE 11 MKGE12 MKGE13 MKGE14 MKGE15 MKGE16 MKGE17 MKGE
18 MKGE19 MKGE 20 MKGE 21 MKGE22 MKGE 23 MKGE24 MKGE 25 MKGE 26
MKGE27 MKGE28 MKGE 29 MKGE 30 MKGE 31 · MKGE 32 MKGE 33 MKGE34
MKGE 35 .MKGE 36 MKGE37 MKGE 38 MKGE 39 MKGE40 MKGE41 MKGE42
MKGE43 MKGE44 MKGE45 MKGE46 MKGE47 I. ENTSCHEIDREGISTER I.
REPertoire DES DECISIONS 1.· INDICE DELLE DECISIONI s. 1 MKGE48 s'. 196 S.
B MKGE49 S. 201 s. 10 MKGE 50 S.207 s. 13 MKGE 51 S.215 S. 15 MKGE52 S.223
S.24 MKGE 53 S.234 S.32 MKGE 54 S.236 S.34 MKGE 55 S.238 S.36 MKGE 56 S.247
S.38 MKGE57 S.250 5.41 MKGE58 S.258 S.45 MKGE 59 S.262 S.49 MKGE60 5.263 S.
51 MKGE 61 S.267 S.53 MKGE62 5.270 S.55 MKGE63 S.274 S.57 MKGE 64 S.27S S.60
MKGE65 S.280 S.62 MKGE66 S.286 s. 76 MKGE67 S.290 S. 79 MKGE68 S.294 S.83
MKGE 69 S.399 S.88 MKGE 70 S.305 5.95 MKGE 71 S.309 5.98 MKGE 72 S.314 s. 102 '
MKGE 73 S.317 s. 107 MKGE 74 S.323 s. 112 MKGE 75 S.330 s. 118 MKGE 76 S.333 s.

121 MKGE 77 S.334 s. 125 MKGE 78 S.337 s. 130 MKGE 79 S.341 S. 134 MKGE 80 S.345 S. 137 MKGE 81 S.347 S. 140 MKGE 82 S.350 s. 143 MKGE 83 S.354 S. 146 MKGE 84 S.358 S. 149 MKGE 85 S.364 S. 152 MKGE 86 S.371 s., 156" MKGE 87 S. 375 S. 159 MKGE 88 S.380 S. 164 MKGE 89 S.387 S. 172 MKGE 90 S.394 S. 176 MKGE 91 S.397 S. 182. MKGE 92 S.407 s. 185 MKGE 93 S. 411 s. 189 417

E. 3

Nach Art. 172 Abs. 1 MStP ist gegen Urteile der Divisionsgerichte mit Ausnahme der Abwesenheitsurteile die Appellation zulässig. Differenzierungen gelten, wenn lediglich der Entscheid über einen zivilrechtlichen

Anspruch oder über die Kosten und Entschädigung angefochten wird (Art. 172 Abs. 2 MStP). Nicht differenziert wird jedoch unter dem Gesichtspunkt, ob es sich bei den Urteilen des Divisionsgerichts um Sachurteile oder Rekursentscheide handle. Aus den Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rekurses an das MKG folgt nichts Gegenteiliges. Art. 195 MStP nennt (nicht abschliessend) neun Fallgruppen (Bst. a-i), in denen der Rekurs an das MKG zulässig ist, ohne Anhaltspunkte darüber zu vermitteln, unter welchen Voraussetzungen die Appellation ausgeschlossen ist. Liesse man es bei diesen Überlegungen bewenden, so wäre - weil aus falscher Rechtsmittelbelehrung dem Betroffenen kein Rechtsnachteil erwachsen darf (BGE 112 Ia 310 f., E.3, 118 Ia 241 ff.)- die Eingabe des Rekurrenten dem MAG 2A zur Behandlung als Appellation zu übermitteln und das Verfahren vor dem MKG als gegenstandslos abzuschreiben.

E. 4

Ein derartiges Ergebnis fällt nicht nur inhaltlich aus dem Rahmen, sondern ist auch vom Gesetzgeber kaum gewollt. a) Inhaltlich wäre kaum zu begründen, warum der im Militärstrafprozess bei der Anwendung des materiellen Strafrechts geltende Rechtsweg ausgerechnet dann, wenn das Verfahren eingestellt wird und der Betroffene nicht weiter beschwert ist, um eine zusätzliche (vierte) Instanz angereichert werden soll. b) Solches hat den Gesetzgeber kaum gewollt. Nach altem Recht hatte der Auditor, falls das Ergebnis der Voruntersuchung keinen genügenden Grund bot, um der Sache weitere Folge zu geben, die Akten mit seinem Antrag dem Oberauditor zu übermitteln. Dieser entschied über die Einstellung; gegen eine allfällige Kostenaufgabe konnte an das EMD rekuriert werden, das hierüber endgültig befand; ferner entschied das EMD auf Antrag des Oberauditors über Entschädigungsbegehren (Art. 122 ff. MStGO). Der in Art. 118 MStP vorgesehene Rekurs sollte lediglich ermöglichen, die Einstellungsverfügung des Auditors richterlich überprüfen zu lassen; im übrigen drängte sich keine Änderung der bisherigen Rechtslage auf. Entsprechend sah Art. 113 des Entwurfs MStP vor, dass der Beschuldigte und der Oberauditor gegen Einstellungs- und Entschädigungsverfügungen des Auditors an den Präsidenten des Divisionsgerichts rekurrieren könnten (881.1977 11 85 und 165); gegen dessen Rekursentscheide bestand kein weiteres Rechtsmittel. In der vorberatenden Kommission des Nationalrats wurde beantragt, "das Divisionsgericht als zuständig zu erklären"; der Antragsteller störte sich daran, "dass bei solch wichtigen Fragen ein Gerichtspräsident in letzter Instanz entscheiden soll" (Komm. NR, Prot. 25. Januar 1978, S. 129). Das federführende EMD, das zu ergänzender Berichterstattung aufgefordert war, gelangte zur heutigen Fassung von Art. 118 MStP, beschränkte seine begründenden Hinweise jedoch auf Entschädigungsverfügungen des Auditors: Gegen "Entschädigungsverfügungen des Auditors [ist] ein Rekurs 269

an das Divisionsgericht vorzusehen. Damit ist einerseits die angestrebte Überprüfung durch ein Gesamtgericht gewährleistet, andererseits sogar der Weg des ordentlichen Rekurses an das Militärkassationsgericht geöffnet" (Bericht EMD an die Kommission NR betreffend Art. 112 und 113 MS_tP, März 1978). Sowohl in diesem Bericht als auch 'Während der späteren Beratungen in den Kommissionen und in den Räten blieben Einzelfragen unbeantwortet, etwa: ob für die in Art. 118 MStP zusammengefassten "Einstellungs- und Entschädigungsverfügungen" unterschiedliche Rechtswege gelten sollen; oder: wie sich die Rekursentscheide der Divisionsgerichte zu den Divisionsgerichtsurteilen verhalten, gegen welche die Appellation zulässig ist - zumal letztere in den Materialien in diesem Zusammenhang nirgends erscheint. e) Der Entstehungsgeschichte von Art. 118 MStP lässt sich demnach entnehmen, dass der Gesetzgeber mit dem dort vorgesehenen Rekurs die Appellationsmöglichkeit nicht bedacht und kaum gewollt hat; cnklar bleibt, wie er die Rekursentscheide des Divisionsgerichts verstanden haben wollte. Richterliche Rechtsfindung erweist sich als unumgänglich. Im Interesse einer möglichst einfachen Lösung erscheint es zweckmässig, die de m Wortlaut von Art. 118 MStP · am besten entsprechende Einheit von "Einstellungs- und Entschädigungsverfügungen" beizubehalten und insofern einer Spaltung der Rechtswege entgegenzuwirken. Knüpft man an Art. 113 des ursprünglichen Entwurfs MStP an, wonach Rekursentscheide des Präsidenten des, Divisionsgerichts endgültig gewesen wären, und berücksichtigt man, dass bei der späteren Änderung nicht die Endgültigkeit der Rekursentscheide, sondern die Rekursinstanz (Gesamtgericht, statt Präsident) im Vordergrund stand, so rechtfertigt es sich, die in Art. 118 MStP vorgesehenen Rekursentscheide als endgültig zu verstehen, um eine inhaltlich ka u m begründbare. Ausweitung des Rechtswegs zu vermeiden.

E. 5

Auf den vorliegenden Rekurs,, der sich gegen einen endgültigen EntschHeid richtet, ist deshalb nicht einzutreten. ·

E. 6

Die unrichtige Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid legt nahe, die Kosten des Verfahrens vor dem MKG dem Bund aufzuerlegen. (6. September 1993, M. e. Div Ger 7) 62. Révlsion de jugements par défaut, motifs de révision (art. 200, al. 1 PPM) Lorsqu'un condamné par défaut, qui a sollicité le relief du jugement contumacial, fait à nouveau défaut sans excuse valable à l'au~ience 270

principale de la procédure de relief, le jugement contumacial devient définitif et peut des lors faire l'objet d'une demande de révision. Peu importe à cet égard que les faits nouveaux allégués dans la procé- dure de révisipn auraient pu être invoqués à l'audience principale de la procédure de relief qui s'était achevée par un jugement purement procédural. Des faits nouveaux qui se sont produits postérieurement au jugement dont la révision est demandée, ou encore des modifica- tions législatives, ne. constituent pas des motifs de révision. Revision von Abwesenheitsurteilen, Revisionsgründe (Art. 200 Abs. 1 M.StP) Erscheint ein im Abwesenheitsverfahren Verurteilter, der die Aufhebung des Abwesenheitsurteils verlangt hat, unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren, so wirc;t das Abwesenheitsurteil rechtskräftig und damit revisionsfähig. Der Umstand, dass im Revisionsverfahren behauptete neue Tatsachen an der Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren, das mit einem blossén Prozessurteil endete, hätten geltend gemacht werden können, bleibt ohne Einfluss. Tatsachen, die sich nach dem Urteil, dessen

Revision verlangt wird, ereignet haben, oder Rechts- änderungen bilden keine Revisionsgründe. Revisione di una sentenza contumaciale, motivi di revisione (art. 200 cpv. 1 PPM) Allorquando un condannato in contumacia, che ha sollecitato la revoca della sentenza contumaciale, e nuovamente assente ingiustificato all'udienza principale della procedura di revoca, il giudizio contumaciale acquista forza di cosa giudicata e può quindi essere oggetto di revisione. Il fatto che i motivi addotti nella procedura di revisione a .. avrebbero potuto essere invocati nella procedura di revoca della sentenza contumaciale, che si è così conclusa con un giudizio puramente procedurale, è del tutto irrilevante. Fatti nuovi che si sono verificati dopo l'emaneazione del giudizio per il quale si chiede la revisione, oppure delle modifiche legislative, non costituiscono motivo di revisione. Résumé des faits: A. R.J. a fait défaut au Clst de son unité, qui avait lieu du 10 au 22 octobre 1988. Il a invoqué des motifs d'ordre professionnel et médical, mentionnant qu'une demande avait été déposée auprès de la Commission de visite sanitaire. Il ne communiqua pas ses changements d'adresse aux autorités militaires. 271

Pour ces faits, le Tribunal de division 1 OA, statuant par défaut le 22 novembre 1990, le reconnut coupable d'insoumission intentionnelle (art. 81 , eh. 1, al. 2 CPM) et d'infraction de prescriptions de service (art. 72 CPM); il le condamna à la peine de 30 jours d'emprisonnement et aux frais de la cause, révoquant par ailleurs un sursis accordé antérieurement. B. R.J. déposa une demande de relief. Bien que valablement convoqué, il ne se présenta pas à l'audience, sans justifier d'un empêchement; par jugement du 16 avril 1992, le Tribunal militaire de division 1 OA, faisant application de l'article 157, alinéa 2, lettre b PPM, constata que le jugement du 22 novembre 1990 était devenu définitif et exécutoire. C. Par requête du 4 mai 1993, R. J. a demandé la révision du jugement du 22 novembre 1990. Il a expliqué qu'il avait eu un grave infarctus du myocarde en 1986, ce qui a amené la Commission de visite sanitaire, par décision du 8 novembre 1991, à le déclarer inapte au service. Il allègue qu'il est diabétique et que son état s'est aggravé depuis lors. Il a produit ultérieurement une lettre de l'Office fédéral des affaires sanitaires de l'armée, datée du 27 mai 1992, qui atteste qu'il était en fait inapte au service depuis 1986. Considérant: 1. Le condamné a qualité pour demander la révision d'un jugement exécutoire (art. 200, al. 1 et 202, lettre b PPM). La demande de révision, qui n'est soumise à aucun délai, doit être déposée par écrit auprès du Tribunal militaire de cassation; elle indique les motifs de la révision et les preuves à l'appui (art. 203, al. 1 et 2 PPM). Ces conditions étant remplies en l'espèce, il y a lieu d'entrer en matière. 2.a) Le requérant invoque exclusivement l'article 200, alinéa 1, lettre a PPM. Selon cette disposition, la révision d'un jugement exécutoire peut être demandée lorsqu'il existe des faits ou des preuves dont le juge n'avait pas connaissance lors du procès antérieur et qui sont de nature, à eux seuls ou en relation avec les faits constatés auparavant, à provoquer soit l'acquittement du condamné ou la fixation à son égard d'une peine notablement moins sévère soit la condamnation de l'accusé acquitté, soit une condamnation pour une infraction plus grave. Le fait ou le moyen de preuve invoqué en révision doit être non seulement nouveau, mais il doit également être pertinent - c'est-à-dire de nature à entraîner une modification du dispositif de la décision prise (ATMC du 19 septembre 1991 dans la cause B. cons. 2a). Autrement dit, le jugement dont la révision est demandée doit apparaître comme affecté d'une erreur de fait, 272

en ce sens que les juges, s'ils avaient connu le moyen de preuve ou le fait nouveau, auraient rendu selon toute vraisemblance une décision différente (ATMC du 2 avril 1993 dans la

cause M. cons. 2). b) 11 faut tout d'abord se demander si le fait invoqué est nouveau, puisque le requérant pouvait déjà s'en prévaloir lorsque le Tribunal de division 1 OA a statué le 16 avril 1992. Le requérant avait sollicité le relief du jugement rendu le 22, novembre 1990. La première question que le tribunal devait examiner, lors de son audience du 16 avril 1992, était de savoir s'il était valablement saisi d'une demande de relief. Or, le requérant, bien que valablement convoqué, ne s'est pas présenté sans formuler d'excuse. Dans un tel cas, il est réputé avoir renoncé à sa demande de relief (art. 157, al. 2, lettre b PPM). Le tribunal ne pouvait donc en aucun cas entrer en matière sur le fond et examiner les faits invoqués aujourd'hui dans le cadre de la demande de révision. 11 devait se borner à constater que le requérant était réputé avoir renoncé à sa demande de relief, de sorte que le jugement du 22 novembre 1990 devenait définitif. Ainsi, la décision rendue le 16 avril 1992 ne s'est pas substituée au jugement du 22 novembre 1990, qui constitue le seul jugement au fond; le jugement du 16 avril 1992 n'est qu'un jugement procédural et c'est à juste titre que le requérant a dirigé sa demande de révision à l'encontre du jugement du 22 novembre 1990 (ATMC du 26 novembre 1986 dans la cause B. cons. 1; ATMC du 5 décembre 1984 dans la cause S. cons. 1). e) La question est donc de savoir si le requérant a établi qu'un fait ou un moyen de preuve, ignoré des juges qui ont statué le 22 novembre 1990, les aurait amenés, s'ils l'avaient connu, à rendre à l'époque un jugement différent. Dans la mesure où le requérant soutient que son état de santé s'est récemment dégradé sous l'effet du diabète, cette argumentation est sans pertinence puisqu'elle ne se rapporte pas aux actes qui font l'objet de la condamnation. Quant à la décision d'inaptitude du 8 novembre 1991, elle est postérieure au jugement du 22 novembre 1990. Or, le motif de révision de l'article 200, alinéa 1, lettre a PPM n'est réalisé que si les juges ont ignoré des faits qu'ils pouvaient connaître au moment de leur jugement; la révision n'est pas possible pour des faits qui se sont produits après le jugement (ATMC du 14 décembre 1990 dans la cause B). Le seul argument qui pourrait fonder une demande de révision consiste dans le fait que le requérant était en réalité déjà inapte au service militaire depuis 1986, c'est-à-dire au moment des actes qui lui sont reprochés. 273

On ne peut cependant pas considérer comme nouveau le fait que le requérant ait agi en raison de ses problèmes de santé, à savoir son état cardiaque, puisque cela est mentionné et retenu expressément, quant à sa motivation, dans le jugement du 22 novembre 1990. Ce n'est donc que son inaptitude concrète, au moment des faits, qui était ignorée des juges qui ont statué le 22 novembre 1990. Cet élément de fait est cependant sans pertinence. En effet, le requérant ne prétend pas qu'il était intransportable, de sorte que son inaptitude, pour des motifs cardiaques, ne l'empêchait nullement de se présenter à la visite médicale d'entrée et d'expliquer ses problèmes. L'inaptitude invoquée ne saurait donc justifier le défaut pour lequel il a été condamné (ATMC du 5 octobre 1982 dans la cause B. cons. 3a). Le recourant invoque l'article 81 a, chiffre 4 CPM, mais cette disposition n'est entrée en vigueur que le 15 juillet 1991 (RO 1991, p. 1354). L'inaptitude n'était donc pas pertinente au moment où les juges ont statué, le 22 novembre 1990. Une modification législative fait nouveau, qui puisse justifier une demande de révision. S'agissant de l'application de la loi pénale dans le temps, il faut se situer au moment où le juge de répression a statué en dernier lieu (ATF 118 IV 124 cons. 2a; 117 IV 386 cons. 15; 101 IV 361 cons. 1; 95 IV 235 s. cons. 2; 76 IV 261 cons. 2). Ainsi, seul le droit en vigueur le 22 novembre 1990 détermine les faits pertinents. Le jugement du 22 novembre 1990 n'est donc pas affecté d'une erreur sur les faits existant à l'époque qui soit de nature, en fonction du droit qui était alors en vigueur, à entraîner une décision différente. (6 septembre 1993, J. e. Trib div 1 OA), 163. Révision

de jugements rendus par défaut; application de la loi plus favorable lors du nouveau jugement (art. 200, al. 1 PPM; art. 8, al. 2 et art. 81 a, chiffre 4 CPM dans sa teneur du 5.10.1990, ainsi que l'art. 208 PPM) Peu importe, dans la procédure de révision, que les faits nouveaux allégués auraient pu être invoqués lors de l'audience principale de la procédure de relief, à laquelle le condamné par contumace avait fait défaut. Lors du nouveau jugement, les modifications législatives intervenues depuis le jugement initial doivent trouver application dans 274

la mesure où il s'agit d'une loi plus favorable pour l'auteur; tel est le cas de l'art. 81 a, chiffre 4 CPM dans sa teneur du 5.10.1990. Revision von Abwesenheitsurteilen; Anwendung des milderer Rechts bei der Neuurteilung (Art. 200 Abs. 1 MStP; Art. 8 Abs. 2 und Art. 81a Ziff. 4 MStG, Fassung vom 5.10.1990, sowie Art. 208 MStP) Der Umstand, dass im Revisionsverfahren behauptete neue Tatsachen an der Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren, zu der ein im Abwesenheitsverfahren Verurteilter nicht erschienen war, hätten geltend gemacht werden können, bleibt ohne Einfluss auf das Revisionsverfahren. Bei der Neuurteilung ist das seit dem ersten Urteil erlassene neue Recht soweit anzuwenden, als es für den Täter das mildere ist; hierzu gehört Art. 81a Ziff. 4 MStG in der Fassung vom 5.10.1990. Revisione di una sentenza contumaciale; applicazione della lex mitior nel nuovo giudizio (art. 200 cpv. 1 PPM; art. 8 cpv. 2 e art. 81 a cfr. 4 CPM versione del 5.10.1990 e art. 208 PPM) Per il procedimento di revisione e del tutto irrilevante che i fatti nuovi addotti nella procedura di revisione avrebbero potuto essere invocati all'udienza principale della procedura di revoca della sentenza contumaciale, alla quale il condannato in contumacia non si è presentato.

E. 11

nuovo giudizio dovrà tener conto delle modifiche legislative intervenute dopo il primo giudizio nella misura in cui queste dovessero essere più favorevoli al condannato; come nel caso dell'art. 81a cfr. 4 CPM nella versione del 5.10.1990. Résumé des faits: A. Le can E.C. a fait défaut aux CR de son unité, la btr ob bl 111/2, qui avait lieu du 29 mai au 17 juin 1989. Domicilié à Lausanne jusqu'au 30 septembre 1989, il a quitté cette ville, vraisemblablement pour se rendre en France; il n'a pas effectué de changement d'adresse, n'a pas demandé de congé militaire et n'a pas annoncé son départ aux autorités. Pour ces faits, le Tribunal militaire de division 1, statuant par défaut le 9 mars 1990, l'a reconnu coupable d'insoumission intentionnelle (art. 81, eh. 1, al. 2 CPM) et d'inobservation de prescriptions de service (art. 72 CPM), le condamnant à deux mois d'emprisonnement et aux frais de la cause. B. E.C. a demandé le relief de ce jugement. Bien que valablement convoqué, il ne s'est pas présenté à l'audience, sans justifier d'un empêchement, de sorte que le Tribunal militaire de division 1, statuant le 28 janvier 1993, constata, en application de l'article 157, alinéa 2, lettre b PPM, que le jugement du 9 mars 1990, était devenu définitif et exécutoire. 275

e. E.e. ayant fait défaut aux cours de répétition qui avaient lieu du 26 novembre au 15 décembre 1990 et du 23 septembre au 12 octobre 1991, ainsi qu'aux tirs obligatoires et aux inspections des années 1989, 1990 et 1991, une nouvelle enquête pénale fut ouverte contre lui. L'expertise psychiatrique ordonnée a révélé qu'il présentait une déficience mentale et une désinsertion socioprofessionnelle; selon l'expert, son état atténuait fortement, au moment d'agir, la faculté d'apprécier le caractère illicite de l'acte et de se déterminer d'après cette appréciation; par ailleurs, l'expert estime que e. n'est pas apte au service militaire. Par décision du 5 août 1992, la commission de visite sanitaire a déclaré e. inapte au service

militaire. Par jugement du 28 janvier 1993, le Tribunal de division 1, se fondant sur l'expertise psychiatrique et sur la décision de la Commission de visite sanitaire, a constaté que l'accusé était déjà inapte au moment des faits et, faisant application de l'article 81 a, chiffre 4 ePM, a prononcé son acquittement. D. Par requête du 7 mai 1993, E.C. demande la révision du jugement rendu le 9 mars 1990. Il fait valoir que les constatations de l'expert-psychiatre valent également pour les faits qui fondent ce jugement, puisque la demande de relief avait été évoquée simultanément. Il estime que si les juges avaient eu connaissance de ces faits, le 9 mars 1990, "ils en auraient tenu compte de la manière adéquate". Considérant: 1. Le condamné a qualité pour demander la révision d'un jugement exécutoire (art. 200, al. 1 et 202, lettre b PPM). La demande de révision, qui n'est soumise à aucun délai, doit être déposée par écrit auprès du Tribunal militaire de cassation; elle indique les motifs de la révision et les preuves à l'appui (art. 203, al. 1 et 2 PPM). Les conditions étant remplies en l'espèce, il y a lieu d'entrer en matière. 2.a) Le requérant invoque exclusivement l'article 200, alinéa 1, lettre a PPM. Selon cette disposition, la révision d'un jugement exécutoire peut être demandée lorsqu'il existe des faits ou des preuves dont le juge n'avait pas connaissance lors du procès antérieur et qui sont de nature, à eux seuls ou en relation avec les faits constatés auparavant, à provoquer soit l'acquittement du condamné ou la fixation à son égard d'une peine notablement moins sévère, soit la condamnation de l'accusé acquitté, soit une condamnation pour une infraction plus grave. 276

Le fait ou le moyen de preuve invoqué en révision doit être non seulement nouveau, mais il doit également être pertinent, c'est-à-dire de nature à entraîner une modification du dispositif de la décision prise (ATMC du 19 septembre 1991 dans la cause B. cons. 2a). Autrement dit, il faut que le jugement dont la révision est demandée apparaisse affecté d'une erreur sur les faits, en ce sens que le juge, s'il avait eu connaissance du fait ou du moyen de preuve invoqué en révision, aurait rendu, selon toute vraisemblance, une décision différente (ATMC du 2 avril 1993 dans la cause M. cons. 2). b) Il faut tout d'abord déterminer si les faits sont nouveaux, puisque le tribunal en avait connaissance lorsqu'il a statué sur la demande de relief le 28 janvier 1993. Lors de l'audience tenue à cette date, le tribunal devait en premier lieu se demander s'il avait été valablement saisi d'une demande de relief. Comme le condamné, valablement convoqué, n'a pas comparu sans fournir d'excuse, il était réputé avoir renoncé à sa demande de relief (art. 157, al. 2, lettre b PPM). Ainsi, le tribunal n'était plus saisi d'une demande de relief et il ne pouvait en aucun cas entrer en matière sur le fond ni examiner le rapport d'expertise. Le jugement rendu sur relief le 28 janvier 1993 est de nature purement procédurale; il ne se substitue pas à celui qui a été rendu le 9 mars 1990, mais se borne à constater, l'accusé étant présumé avoir renoncé à sa demande de relief, que le jugement du 9 mars 1990 devient définitif et exécutoire. En conséquence, seule la décision du 9 mars 1990 constitue le jugement de condamnation au fond et c'est à juste titre que la demande de révision est dirigée contre celle-ci (ATMC du 26 novembre 1986 dans la cause B. cons. 1; ATMC du 5 décembre 1984 dans la cause S. cons. 1). c) Le requérant semble se prévaloir du nouvel article 81a, chiffre 4 CPM, entré en vigueur le 15 juillet 1991, (RO 1991, p. 1354). Cependant, une modification législative ne constitue pas un fait nouveau et ne saurait fonder, en tant que tel, une révision. d) Le requérant fait valoir qu'il était déjà inapte au service militaire au moment des faits qui ont fondé la condamnation du 9 mars 1990. Cependant, cet élément n'était pas de nature à modifier la décision rendue, en fonction du droit qui était alors applicable; comme le requérant était transportable, il lui appartenait de se présenter à la visite

médicale d'entrée et d'expliquer ses problèmes (ATMC du 5 octobre 1982 dans la cause B. cons. 3a). L'ignorance de l'inaptitude ne fait pas apparaître le jugement comme affecté d'une erreur de fait, puisque cet élément, en fonction du droit qui était alors applicable, n'était pas de nature à modifier la décision rendue. 277

e) Le rapport d'expertise invoqué par le requérant décrit un état impliquant une forte diminution de la responsabilité pénale. Bien que l'expert parle d'une dégradation, il mentionne par ailleurs une situation durable, notamment un développement mental incomplet sous la forme d'une déficience intellectuelle au niveau de la débilité, qui établit de manière suffisante que la responsabilité de l'accusé devait être également restreinte au moment des faits qui fondent le jugement du 9 mars 1990. L'expertise constitue donc un moyen de preuve nouveau propre à établir une situation de fait pertinente - au stade de la fixation de la peine qui, si elle avait été connue des juges, aurait vraisemblablement entraîné l'application de l'article 11 CPM en faveur de l'accusé. Il s'agit, de jurisprudence constante, d'un cas de révision (ATMC du 18 juin 1990 dans la cause B. cons. 2; ATMC du 19 septembre 1986 dans la cause M. cons. 2b; ATMC du 5 octobre 1982 dans la cause B. cons. 3c). f) L'admission de la demande entraîne la mise à néant du jugement et le renvoi de la cause au Tribunal de division qui rendra un nouveau jugement (art. 207, al. 1 PPM). Ainsi, la cause étant à nouveau pendante devant le juge de répression (art. 208, al. 1 PPM), celui-ci devra appliquer l'article 8, alinéa 2 CPM (ATF 118 IV 124 cons. 2a; 117 IV 386 cons. 15; 101 IV 361, cons. 1; 97 IV 235 s. cons. 2; 76 IV 261 cons. 2). S'il est confirmé que l'inaptitude existait déjà au moment des faits, le requérant sera libéré de l'accusation d'insoumission intentionnelle en application de l'article 81 a, chiffre 4 CPM, même si cette disposition légale n'était pas encore en vigueur au moment de la commission de l'acte. (6 septembre 1993, C. e. Trib. div. 1) 64. Handschriftliche Unterzeichnung eines Rekurses (Art. 197 Abs. 1 ~StP) Die handschriftliche Unterzeichnung eines Rekurses oder einer andern Rechtsmitteleingabe ist ein Gültigkeitserfordernis. Fehlt die Unterschrift, so kann der Mangel innert einer Nachfrist geheilt werden. Sinngemässe Anwendung von Art. 30 Abs. 1 und 2 OG, zumal diesen Bestimmungen keine anderslautenden Bestimmungen des Militärstrafprozesses entgegenstehen. 278

Signature manuscrite d'un recours (art. 197, al. 1 PPM) La signature manuscrite apposée sur un recours ou un autre moyen de droit est une condition de validité. Si la signature fait défaut, le vice peut être guéri dans un nouveau délai. Application par analogie de l'art. 30, al. 1 et 2 OJ, étant donné que la procédure pénale militaire ne contient pas de dispositions contraires à cet égard. Firma di proprio pugno di un ricorso (art. 197 cpv. 1 PPM) La firma di proprio pugno apposta su un ricorso o un altro rimedio di diritto è una condizione di validità. Qualora mancasse la firma, questo vizio potrà essere sanato entro un nuovo termine. Applicazione per analogia dell'art. 30 cpv. 1 e. 2 OG, visto che la procedura penale militare non prevede disposizioni contrarie a questo proposito. Aus den Erwägungen: 1. Gegen den Entscheid über die Kostenaufgabe ist der Rekurs zulässig (Art. 195 lit. f MStP). Der Rekurs ist gemäss Art. 197 Abs. 1 MStP schriftlich mit Antrag und Begründung einzureichen. Im vorliegenden Fall ist die Eingabe zwar mit einem Antrag und einer Begründung versehen, doch fehlt sowohl auf dem Rekurs selber als auch auf dem Briefumschlag eine handschriftliche Unterzeichnung. In einem früheren Fall hat das Militärkassationsgericht die Frage offengelassen, ob die bei einer - nach Art. 1 ~7 Abs. 1 MStP ebenfalls schriftlich begründet einzureichenden - Kassationsbeschwerde fehlende handschriftliche Unterzeichnung eine zwingende Gültigkeitsvoraussetzung (s. BGE 102

IV 143 f.) oder (entsprechend der Tendenz in der Lehre und kantonalen Rechtsprechung) eine bloße Ordnungsvorschrift darstellt (MKGE vom 24. Februar 1986 i.S. S.). Mit Blick auf die neulich erfolgte Teilrevision des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, namentlich Art. 30, Fassung vom 4. Oktober 1991, in Kraft seit 15. Februar 1992) und die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts (s. BGE 114 Ia 20 ff. und 109 f., 111 Ia 171 E. 3) scheint sich die Auffassung zu festigen, dass es sich bei der handschriftlichen Unterzeichnung der Rechtsmitteleingabe zwar um ein Gültigkeitserfordernis handelt (s. Art. 30 Abs. 1 OG), dass aber beim Fehlen der Unterschrift der Mangel innert einer Nachfrist beseitigt werden kann (s. Art. 30 Abs. 2 QG; Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bern 1990, S. 180 f. und 183 ff., und Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 28). Wird - zumal anderslautende Bestimmungen in der Militärstrafprozessordnung fehlen - auch hier von dieser Regelung ausgegangen, so wäre es überspitzt formalistisch, wegen Fehlens der Unterschrift auf der ~ Rekurschrift direkt, ohne Nachfrist, einen 279

Nichteintretensentscheid zu fällen. Bei den im vorliegenden Fall gegebenen Verhältnissen könnte indes davon abgesehen werden, zur Behebung des Mangels eine Nachfrist anzusetzen, erweist sich doch der Rekurs ohnehin klaren Weise als unbegründet. (6. September 1993, G. e. Div. Ger. 7) 65. Keine Dispensation vom Instruktionsdienst oder von der - ausser - dienstlichen Schiesspflicht während einer hängigen Strafuntersuchung, solange eindeutige Hinweise auf eine Dienstverweigerung fehlen (Art. 81 Ziff. 1 MStG, Fassung vom 5.10.1990; Art. 13 VBI) Ohne eindeutigen Hinweis auf eine Dienstverweigerung kann ein Armeemitglied während einer hängigen Strafuntersuchung, die wegen Nichtbestehens verschiedener Militärdienstleistungen angeordnet worden ist, gültig zum Instruktionsdienst aufgeboten werden (Art. 13 VBI [SR 512.21]); von seiner ausserdienstlichen Schiesspflicht ist er nicht dispensiert. Wird die Dienstverweigerung im Lauf des Strafverfahrens erkennbar, so kann dem Anliegen von Art. 13 VBI dadurch Rechnung getragen werden, dass die (rechtswidrige) Nichtbefolgung des fraglichen Aufgebots straffrei bleibt. Pas de dispense du service d'instruction ou des obligations de tir hors service pendant la durée d'une enquête pénale, tant que des indices évidents d'un refus de servir font défaut (art. 81, chiffre 1 CPM dans sa teneur du 5.10.1990; art. 13 OASI) A défaut d'indices évidents d'un refus de servir, un militaire peut être valablement convoqué aux services d'instruction pendant la durée d'une enquête pénale ordonnée en raison du défaut à diverses obligations de service militaire (art. 13 OASI [SR 512.21]); le militaire n'est pas davantage dispensé de ses obligations de tir hors service. S'il apparaît en cours d'enquête pénale qu'il s'agit d'un cas de refus de servir, il est possible de tenir compte des objectifs de l'art. 13 OASI en laissant impunie l'inobservation (illicite) de la convocation en question. · 280

Nessuna dispensa dal servizio d'istruzione o dal tiro obbligatorio fuori servizio durante un'inchiesta penale, fintanto che mancano indizi evidenti di un rifiuto del servizio (art. 81 cfr: 1 CPM versione del 5.10.1990; art. 13 OASI) . Mancano indizi evidenti di un rifiuto del servizio, un militare può essere validamente convocato al servizio d'istruzione durante un'inchiesta penale ordinata per la mancanza a diversi obblighi del servizio (art. 13 OASI [SR 512.21]); il militare non è dispensato nemmeno dal tiro obbligatorio fuori servizio. Se durante l'inchiesta penale dovesse risultare che si tratta di un caso di rifiuto del servizio, è possibile tener conto degli scopi dell'art. 13 OASI lasciando impunita l'inosservanza (illici-

t-a) della convocazione in questione. · Au\$ dem Sachverhalt: A. In der Absicht, sich der Dienstpflicht zu entziehen, war PAL Sdt N. im Zeitraum vom 15. Oktober 1990 _bis zum 12. November 1992 den Aufgeboten zu insgesamt sieben Dienstleistungen nicht gefolgt (WK 90/15.1 0.-3.11.90, Nachinspektion vom 12.11.90, Nachschiesskurs vom 15.11.90, Nachschiesskurs vom 14.11.91, WK 91/18.11.-7.12.91, WK 92/9.-16.10.92, Nachschiesskurs vom 12.11.1992). , Zudem hat er sich bei seinem Umzug von Kriens nach Luzern im Februar 1990 beim Sektionschef in Kriens nicht ab- und beim Sektionschef in Luzern nicht angemeldet. Auch seine Adressänderungen innerhalb von Luzern hatte er in der Folge dem Sektionschef nicht gemeldet und nicht für Verbindung mit dem Sektionschef gesorgt. · B. Mit Urteil vom 11. Februar 1993 sprach das Divisionsgericht 8 PAL Sdt N. bezüglich der aus den Jahren 1991 und 1992 datierenden vier unter- lassenen Dienstleistungen von der Anklage der mehrfachen Dienstver- weigerung frei. Bezüglich der aus dem Jahre 1990 datierenden unterlassenen drei Dienstleistungen sprach es ihn dagegen der mehrfachen Dienst- verweigerung nach Art. 81 Ziff. 1 MStG und bezüglich aller angeklagter Ummeldungsunterlassungen der mehrfachen Nichtbefolgung von Dienst- vorschriften nach Art. 72 Ziff. 1 MStG schuldig. Es verurteilte ihn im Abwesenheitsverfahren zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von 5 Monaten als Zusatzstrafe zu den vier Vorstrafen vom 24.1.1992 (F r. 400.-- Busse), vom 4.12.1992 (3 Wochen Gefängnis bedingt, Probezeit 2 Jahre), vom 7.4.1992 (4 Tage Gefängnis bedingt, Probezeit 2 Jahre) und vom 9.12.1992 (14 Tage Gefälign'is unbedingt). 281

Es schloss ihn zudem, gestützt auf Art. 36 Abs. 2 MStG, aus der Armee aus und auferlegte ihm die Verfahrenskosten. Ferner beschloss das Divisionsgericht 8, in Anwendung von Art. 32 Ziff. 3 Abs. 2 MStG auf den Widerruf des bedingten Vollzuges der beiden . Gefängnisstrafen vom 4.12.1991 und vom 7.4.1992 zu verzichten. C. Gegen das Urteil und den Beschluss hat der Auditor Div Ger 8 fristge- recht Kassationsbeschwerde erhoben. Er beantragt, d~s Abwesen- heitsurteil des Divisionsgerichts 8 vom 11.2.1993 sei aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Angeklagte sei auch bezüglich der in den Jahren 1991 und 1992 unterlassenen vier Dienstleistungen der mehrfachen Dienstverweigerung nach Art. 81 Ziff. 1 MStG schuldig zu sprechen. Sodann sei der Beschluss des Divi~ionsgerichts 8, auf den Vollzug der beiden bedingt ausgesprochenen Gefängnisstrafen vom -4.12.1992 und vom 7.4.1992 zu verzichten, aufzuheben und zur Neuurteilung in Sinne des Widerrufs an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im übrigen sei das Urteil der · Vorinstanz zu bestätigen. Die Kosten des Verfahrens vor Militärkassationsgericht seien dem Angeklagten zu überbinden. Der amtliche Verteidig.er beantragt in seiner Vernehmlassung, die Kassationsbeschwerde des Auditors sei unter Kosten- un-d Entschã- digungsfolgen vollumfänglich abzuweiseri. Im übrigen verweist er auf die schriftliche Urteilsbegründung der Vorinstanz. ~ Der Präsident des Divisionsgerichts 8 verzichtet auf einen Bericht (Art. 187 Abs. 2 MStP). Aus den Erwagungen: 1 . Kassationsbeschwerde kann erhoben werden gegen Abwesenheitsur- teile der Divisionsgerichte (Art. 184 Abs. 1 lit. e MStP). Die Kassationsbe- schwerde ist ebenfalls zulässig gegen die in Abwesenheitsurteilen der Divisionsgerichte enthaltenen Entscheide über Anträge auf Widerruf des bedingten Strafvollzuges (Art. 184 Abs. 1 lit. e MStP in Verbindung mit Art. 172 Abs. 1 und 3 MStP). Der Auditor ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 186 Abs. 1 MStP). Er hat die Beschwerde innert fünf Tagen ab mündlicher Urteilsöffnung formgerecht beim urteilenden Gericht angemeldet (Art., 186 Abs. 2 MStP) und die schriftliche Begründung innert der Frist von 20 Tagen ab Zustellung des Urteils eingereicht (Art. 187 Abs. 1 MStP). Auf die Beschwerde ist

der:nnach einzutreten. 2. Der Beschwerdeführer beruft sich zunächst auf die Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 lit. d, e und f und macht geltend, das Urteil enthalte 282

eine Verletzung des Strafgesetzes. Wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils stünden im Widerspruch zu dem Ergebnis des Beweisverfahrens. Er verweist auf Art. 13 Abs. 1 der Verordnung über das Bestehen der Instruktionsdienste vom 18.10.1989 (VBI) gemäss welchem "Angehörige der Armee, die wegen Dienstverweigerung in Strafuntersuchung stehen, [~ ..] erst nach dem rechtskräftigen Abschluss der Strafuntersuchung und - sofern sie sich in der Schweiz aufhalten - nach dem Vollzug der allfälligen Freiheitsstrafe wieder zu Instruktionsdiensten aufgeboten" werden dürfen. Der Beschwerdeführer bemerkt, diese Bestimmung stelle eine Privilegierung des Dienstverweigerers dar. Sie setze aber ausdrücklich voraus, dass sich ein Angehöriger der Armee wegen "Dienstverweigerung" zu verantworten habe. Im vorliegenden Fall jedoch sei sowohl der erste Voruntersuchungsbefehl vom 6.12.1990 wegen "Nichteinrückens in WK 1990" ergangen und auch die Eröffnungsverfügung des UR vom 10.12.1990 habe gleich gelautet. Anlässlich der Einvernahme vom 14.1.1991 habe der Angeklagte lediglich geltend gemacht, er hätte keine Marschbefehle zugestellt erhalten. Erst bei der Einvernahme vom 6.12.1991 habe er erkennen lassen, dass er nicht mehr bereit sei, Militärdienst zu leisten. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, ein Ausschluss von Aufgebots nach Art. 13 VBI müsse gerechterweise voraussetzen, dass ein Angehöriger der Armee seinen Willen, den Militärdienst zu verweigern, in einer für die Militärverwaltung und die aufbietenden Stellen klar erkennbaren Weise zu verstehen gibt. Ansonst bestünde bis zum rechtskräftigen Urteil Ungewissheit, wenn die Tatbestände Dienstversäumnis/Dienstverweigerung miteinander im Widerstreit liegen. Eine solche Unsicherheit würde sich nicht mit der Aufgebots- und Mobilmachungsstrenge vertragen. Nachdem der Angeklagte seinen grundsätzlichen Verweigerungswillen erst bei seiner Einvernahme am 6.12.1991 erklärt habe, hatte ein Freispruch höchstens für den WK 1992, nicht aber für die vorher versäumten Instruktionsdienste erfolgen dürfen. 3. Im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 13 Abs. 1 VBI stellt sich vorerst die Frage, ob die zu den Wiederholungskursen 1991 und 1992 ergangenen Aufgebote rechtsgültige oder nichtige Verwaltungsakte darstellten. Dabei ist darauf abzustellen, was die Aufgebotsbehörde im Zeitpunkt, als sie die Liste der Einrückungspflichtigen erstellte und das persönliche Aufgebot erliess, hinsichtlich der Umstände des früheren Nichteinrückens annehmen durfte oder wissen konnte. Bei klarem Vorliegen einer Verweigerungsabsicht und eingeleiteter Strafuntersuchung könnte auf Nichtigkeit ergangener Aufgebote geschlossen werden. Im vorliegenden Falle ergibt sich, dass PAL Sdt N. bei seiner Einvernahme vor dem UR am 14.1.1991 sein Nichteinrücken zum WK 90 lediglich damit begründete, dass er keinen Marschbefehl erhalten habe und überdies 283

erklärte: "Ich hatte keine Problema im Dienst, mich interessiert die Waffe und die Ausbildung dazu. Ich bin bereit den Militärdienst zu leisten" (Art. 91). Daraus liesse sich wohl ableiten, dass zu jenem Zeitpunkt keine subjektive Dienstverweigerungsabsicht bestand, so dass die nachfolgenden Aufgebote auch unter Berücksichtigung von Art. 13 Abs. 1 VBI folgerichtig zurecht erfolgt waren. Da jedoch die Untersuchungsakten der aufbietenden Behörde nicht zugänglich waren, kann nicht darauf abgestellt werden, was ein Angehöriger der Armee zur Begründung seines ihm vorgeworfenen Nichteinrückens ausgeführt hat. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass sein Aufgebot stets dann,

unter den Gesichtspunkten von Art. 13 Abs. 1 VBI als rechtsgültiger Verwaltungsakt erlassen werden kann, wenn keine eindeutig klare Umstände vorliegen, welche auf den Tatbestand der Dienstverweigerung schliessen lassen. Ergibt sich als Folge des späteren militärgerichtlichen Verfahrens, dass ein Schuldspruch wegen Dienstverweigerung gemäss Art. 81 MStG vorliegt, so ändert dies nichts an der ursprünglichen Rechtsgültigkeit des Verwaltungsaktes der aufbietenden Behörde, wohl aber an dessen strafrechtlicher Relevanz für die Beurteilung des schuldhaften Verhaltens eines Angeklagten. Daraus ergibt sich im vorliegenden Falle, dass das Nichtbefolgen des gültigen Aufgebotes als tatbeständlich rechtswidrig anzusehen ist, so dass kein Freispruch zu erfolgen hat. Anstelle eines Freispruchs ist jedoch von einer Bestrafung Umgang zu nehmen. Wollte man anders entscheiden und auf eine Beurteilung des subjektiven Verweigerungswillens ex tunc abstellen, so hätte dies verfahrensmässige Rechtsunsicherheiten zur Folge, welche nicht in Kauf genommen werden können. Es darf der Verwaltung nicht verwehrt werden, in gutem Glauben Aufgebote zu erlassen, wenn keine eindeutigen und klaren Umstände zum Zeitpunkt des Aufgebotes auf Dienstverweigerung schliessen lassen. Solche Aufgebote stellen rechtmässige Verwaltungsakte dar, jedoch muss von Strafe Umgang genommen werden, wenn sich im Nachhinein durch Urteil herausstellt, dass ein Angehöriger der Armee als Dienstverweigerer nicht hätte aufgeboten werden sollen. Die Kassationsbeschwerde ist somit hinsichtlich des Freispruchs gemäss Ziffer 1 des Urteils des Divisionsgerichts 8 vom 11. Februar 1993 gutzuheissen. 4. Der Beschwerdeführer beruft sich ferner auf die Kassationsgründe der Verletzung des Strafgesetzes und des Fehlens hinreichender Entscheidungsgründe gemäss Art. 85 Abs. 1 lit. e. Er macht geltend, gemäss Art. 7 der Verordnung über das Schiesswesen ausser Dienst könne dispensiert werden, "wer in Strafuntersuchung steht". Der 284

Angeklagte sei indessen nicht dispensiert worden, er habe auch nie um Dispensation nachgesucht. Deshalb seien auch die Freisprüche bezüglich der beiden nicht befolgten Aufgebote zu den Nachschiesskursen vom 14.11.1991 und vom 12.11.1992 zu Unrecht erfolgt. Aufgrund von Art. 7 lit. i der Verordnung des EMD über das Schiesswesen ausser Dienst stellte die Vorinstanz zutreffend fest, dass der Angeklagte spätestens nach der am 10.12.1990 erfolgten Eröffnungsverfügung des UR zu keinen weiteren Nachschiesskursen hätte aufgeboten werden dürfen, da diese erst nach Anhebung der Untersuchung stattfanden. Es stellt sich die Frage, ob PAL Sdt N. dispensiert war oder nicht. Die Verordnung über das Schiesswesen ausser Dienst vom 27. 2.1991 hält in Art. 7 fest, dass von der Schiesspflicht befreit werden kann, wer in Strafuntersuchung steht. Das EMD regelt die Einzelheiten. In der Verordnung des EMD über das Schiesswesen ausser Dienst wird in Art. 7 lit. i ausgeführt, dass von der Schiesspflicht jene Schiesspflichtigen dispensiert sind, die wegen Dienstverweigerung in Strafuntersuchung stehen. Erneut ist auch hier von einer nachträglichen Betrachtungsweise auszugehen. Erst im Zeitpunkt der Verurteilung wegen Dienstverweigerung konnte davon ausgegangen werden, dass der angesichts der Schiesspflichtigen Angehörige der Armee von der Schiesspflicht dispensiert war. Vorher galt, dass eine rechtlich verbindliche Schiessdienstpflicht verletzt war, so dass kein Freispruch erfolgen kann. Von der Aussprechung einer Strafe ist jedoch wiederum Umgang zu nehmen. Auch in diesem Punkt ist die Kassationsbeschwerde des Auditors gutzuheissen. Die Vorinstanz wird angewiesen, im Sinne der Erwägungen neu zu entscheiden. 5. Schliesslich beruft sich der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dem von ihm angefochtenen Beschluss der Vorinstanz auf Nichtwiderruf des bedingten Vollzuges der beiden Vorstrafen vom 4.12.1991 und vom 7.4.1992 auf die Kassationsgründe von Art. 185

Abs. 1 lit. d, e und f. Er macht geltend, die Vorinstanz begründe ihren diesbezüglichen Beschluss damit, dass der Angeklagte die von ihr neu zu beurteilenden Taten „nicht während den Probezeiten dieser beiden Vorstrafen begangen habe. Dies sei rechtlich falsch, da richtigerweise höchstens in bezug auf die Nichtbefolgung des Aufgebotes zum Wiederholungskurs vom 28.9.-

E. 16

1"0.92 ein Freispruch erfolgen könne. Zudem habe die Vorinstanz im Rahmen ihrer eigenen Strafzumessung eine gute Prognose verneint. Und selbstverständlich könne die mehrfache Dienstverweigerung des Angeklagten niemals als leichter Fall gelten. 285

Wie bereits ausgeführt, sind die Aufgebote bezüglich der beiden verweigerten Wiederholungskurse vom 18.11.-7.12.91 und . vom 2e.9.- 16.10.92 sowie die Nichtdispensation von den Nachschiesskursen vom 14.11.91 und vom 12.11.92 als rechtmässige Verwaltungsakte gültig erfolgt. Daraus ergibt sich zwar, dass die zu einem Schuldspruch führenden Anklagepunkte tatsächlich in die Probezeiten der beiden . genannten Vorstrafen fallen. Dennoch kann der Verzicht auf den Vollzug der bedingt ausgesprochenen Vorstrafen von drei Wochen und von vier Tagen Gefängnis durch den Beschluss der Vorinstanz nicht als willkürlich betrachtet werden. Wie ausgeführt, können in bezug auf die versäumten Dienstleistungen 1'991/92 keine Freisprüche erfolgen, weil das Verhalten des Angeklagten hinsichtlich der genannten Anklagepunkte als rechtswidrig zu gelten hat, da die Aufgebote rechtsgültig erlassen wurden. Da jedoch anstelle eines Freispruchs von einer Strafe abzusehen ist, darf auch kein Widerruf eines bedingten Strafvollzuges vorgenommen werden. Überdies hat die Vorinstanz ohne Willkür zurecht entschieden, dass die Nichtbefolgung von Dienstvorschriften hinsichtlich der unterlassenen Ummeldungen nach Wohnsitzwechseln allein nicht ausreichen kann, um den bedingten Strafvollzug der am 4.12.91 vom Amtsstatthalteramt Luzern ausgesprochenen Gefängnisstrafe zu widerrufen. Die Kassationsbeschwerde ist somit in diesem Punkt abzuweisen. (6. September 1993, Aud e. Div Ger 8) · 66. Radiation anticipée de l'inscription au casier judiciaire (art. 59, al. 3, lettre b CPM) Le paiement des frais de justice. ne fait pas partie des conditions préalables qui doivent être remplies afin que le délai de 5 ans pour la radiation anticipée au casier judiciaire d'une peine d'emprisonnement commence à courir. Lorsqu'un condamné à une peine d'emprisonnement qu'il a subie et dont il requiert la radiation au casier judiciaire, est de nouveau condamné à deux reprises pour des infractions à la loi sur la circulation routière (ivresse au volant, violation simple et violation grave des règles de la circulation), sa conduite ne justifie pas la radiation anticipée. 286

Vorzeitige Löschung des Strafregistereintrags (Art. 59 Abs. 3 Bst. b MStG) . Die Bezahlung der Verfahrenskosten gehört nicht zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die 5-jährige Frist für die vorzeitige Löschung einer Gefängnisstrafe im Strafregister zu laufen beginnt. Wird ein Verurteilter seit Verbüßung der Gefängnisstrafe, deren vorzeitige Löschung er beantragt, zweimal wegen Strassenverkehrsdelikten (Fahren in angetrunkenem Zustand, einfache und grobe Verletzung der Verkehrsregeln) erneut bestraft, so rechtfertigt sein Verhalten die vorzeitige Löschung nicht. Cancellazione anticipata dell'iscrizione nel casario giudiziale (art. 59 cpv. 3 lett. b CPM) . Il pagamento delle spese di giustizia non fa parte delle condizioni che devono essere adempiute affinché cominci a decorrere il termine di 5 anni per la cancellazione anticipata nel casario giudiziale di una pena della detenzione. Allorquando un condannato a una pena di detenzione espiata, per la quale viene richiesta la cancellazione nel casario giudiziale, e

nuovamente condannato a due riprese per delle infrazioni alla legge sulla circolazione stradale (guida in stato di ebbrezza, violazione semplice e grave delle regole della circolazione), la sua condotta non ne giustifica la cancellazione anticipata. · Résumé des faits : A. Par jugement du 8 avril 1987, le Tribunal militaire de division 2 a reconnu R. e. coupable de refus de servir (art. 81, eh. 1, al. 1 ePM) et l'a condamné à la peine de deux mois d'emprisonnement et aux frais de la cause fixés à Fr. 1'700.--. Le Tribunal a en outre prononcé l'exclusion de l'armée (art. 12 ePM). e. a purgé sa peine d'emprisonnement du 9 octobre au 8 décembre 1987. Il a payé les frais de justice en date du 22 février 1989. B. Postérieurement au jugement du Tribunal militaire de division 2, e. a été condamné le 27 novembre 1987 par le Procureur du Sopraceneri à une amende de Fr. 900.-- pour conduite en état d'ivresse et violation des règles de la circulation. Cette condamnation est actuellement radiée de son casier judiciaire. Le 15 juin 1989, le Juge informateur de Morges a condamné C. à 7 jours d'emprisonnement avec sursis pendant 5 ans et à une amende de Fr. 700.-- pour violation grave des règles de la circulation. 287

e. Par lettre adressée le 24 novembre 1992 à l'auditeur en chef de l'armée, e. a demandé que la condamnation prononcée par le Tribunal militaire de division 2 soit radiée de son casier judiciaire. Statuant à huis clos le 7 avril 1993, le Tribunal militaire de division 2 a rejeté cette requête, au motif que la demande était prématurée, l'intéressé n'ayant payé les frais de justice qu'en février 1989, soit moins de 5 ans avant la requête de radiation. Cette décision a été notifiée à l'intéressé en date du 29 avril 1993. D. Par lettre du 17 mai, remise à la poste le 19 mai 1993, e. a déclaré se pourvoir en cassation contre la décision du Tribunal militaire de division 2 du 7 avril 1993. Il conclut en substance à l'admission de sa requête de radiation. E. Le président et l'auditeur du Tribunal militaire de division 2 concluent au rejet du recours. Selon l'auditeur, en donnant lieu à une condamnation pour violation grave des règles de la circulation en 1989, C. n'a pas fait preuve de la bonne conduite exigée par l'article 5-9, al. 3 .. ePM. Considérant : 1. La voie du recours au Tribunal militaire de cassation est ouverte contre les décisions des tribunaux de division prononçant la radiation d'une inscription au casier judiciaire (art. 195, litt .. e PPM). En l'espèce, e. a déclaré se pourvoir en cassation contre la décision du Tribunal militaire de division 2 dans les 20 jours dès la communication écrite de cette décision; déposé par écrit et motivé, concluant clairement à l'admission de sa requête de radiation, son mémoire est recevable comme recours au sens de l'art. 197, al. 1 PPM. ; 2. L'article 197, al. 2 PPM déclare applicables par analogie au recours les dispositions de l'article 182 PPM relatives au pouvoir d'examen du juge. Le Tribunal militaire de cassation revoit dès lors librement la cause en fait et en droit, sans être lié par les conciliations des parties (art. 182, al. 1 PPM). Il peut donc réexaminer les questions d'appréciation en substituant sa propre appréciation à celle de l'autorité de première instance. 3. Aux termes de l'article 59 al. 3 ePM, le juge peut ordonner la radiation anticipée de l'inscription au casier judiciaire à la requête du condamné, si la conduite de ce dernier le justifie et s'il a, autant qu'on pouvait l'attendre de lui, réparé le dommage fixe judiciairement ou par accord avec le lésé, si l'amende a été payée, rachetée ou remise et si les peines accessoires ont été exécutées. Si ces conditions sont réunies, et en cas de condamnation à une peine d'emprisonnement, la radiation peut être requise à l'expiration d'un délai de 5 ans à compter de l'exécution du jugement. 288

En l'espèce, C. a été condamné à une peine d'emprisonnement qu'il a fini d'exécuter le 8 décembre 1987. C'est dire qu'à ce jour, le délai de 5 ans permettant de requérir la radiation est écoulé. Contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, peu importe que les frais de

justice aient été payés ultérieurement. A cet égard, le Tribunal militaire de cassation n'a aucun motif de s'écarter de la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral, reprise par la doctrine, selon laquelle le paiement des frais de justice n'entre ni dans la notion de dommage à réparer, ni dans celle de l'exécution stricto sensu de la peine prononcée (ATF 69 IV 169; 70 IV 60; Trechsel, Kurzkommentar, Nos 1 O et 11 ad art. 80 ePS; Loqoz/Sandoz, commentaire du code pénal suisse, ad art. 78 CPS, no. 2). 4. Il reste toutefois à examiner si la conduite du condamné justifie la mesure requise. Aux termes de l'article 59, al. 1 ePM, la bonne conduite du condamné est une condition préalable pour la radiation du jugement au casier judiciaire. A cet égard, la jurisprudence a posé qu'il ne fallait pas se montrer trop exigeant quant à la conduite du requérant (ATF 76 IV 223; ATMC 9, no 8 et arrêts cités). En règle générale, il suffit que l'intéressé n'ait pas été à nouveau condamné pour un crime ou un délit intentionnel ou qu'il n'ait pas donné lieu à une plainte qui puisse aboutir à une telle condamnation. Il ressort du dossier que e. a été condamné à deux reprises depuis le 8 avril 1987, pour des infractions à la loi sur la circulation routière : la première fois pour une ivresse au volant assortie d'une violation simple des règles de la circulation (perte de maîtrise du véhicule); la deuxième fois pour une violation grave des règles de la circulation; cette deuxième infraction a été sanctionnée d'une peine assortie du sursis pendant cinq ans, arrivant à échéance le 15 juin 1994, si bien qu'elle figure encore au casier judiciaire de l'intéressé. Ces infractions, même si les peines prononcées sont relativement clémentes, sont incompatibles avec la notion de bonne conduite exigée par l'article 59 CPM. Leur simple répétition dénote chez e. un certain mépris des règles légales, dont font partie celles de la circulation routière. On doit ainsi constater, par substitution de motifs, que les conditions permettant une radiation anticipée de la condamnation ne sont pas réalisées. Le recours doit donc être rejeté. (3 décembre 1993, C. e. Trib div 2) 289

67. Neue Tatsachen, erhärtet durch ein späteres Gutachten und eine seit dem Urteil eingetretene Entwicklung, a/s Revisionsgrund (Art. 200 Abs. 1 Bst. a MStP) Ein späteres Gutachten, das zu andern \ Schlussfolgerungen gelangt als das Gutachten, das dem Urteil, dessen Revision verlangt wird, zugrunde lag, vermittelt in der Regel keine neuen Tatsachen im Sinn eines Revisionsgrunds. Anders verhält es sich, wenn das spätere Gutachten und die seit dem Urteil eingetretene Entwicklung Rückschlüsse auf das Vorhandensein von Tatsachen gestatten, die weder im Urteil noch im Gutachten, das ihm zugrunde lag, berücksichtigt worden sind. So beispielsweise, wenn ein Urteil aufgrund eines Gutachtens den Angeklagten für geistig. gesund befunden hat, wogegen dessen spätere Entwicklung und erneute psychiatrische Begutachtung nicht nur eine Geisteskrankheit erkennen lassen, sondern auch den Rückschluss gestatten, diese habe bereits im Zeitpunkt der Verurteilung bestanden. Faits nouveaux, confirmés par une expertise ultérieure et par l'évolution intervenue depuis le jugement, en tant que motif de révision (art. 200, al. 1, lettre b PPM) Une expertise ultérieure conduisant à des conclusions différentes de celles de l'expertise sur laquelle se fondait le jugement dont la révision est demandée, ne comporte dans la règle pas de faits nouveaux pouvant constituer un motif de révision 11 en est autrement lorsque l'expertise ultérieure et l'évolution intervenue depuis le jugement permettent de conclure à l'existence de faits dont il n'a été tenu compte ni dans le jugement, ni dans l'expertise sur laquelle le jugement se fondait. Tel est notamment le cas lorsqu'un jugement reconnaissait l'accusé comme étant sain d'esprit, en se fondant sur l'expertise, alors que son évolution ultérieure et une nouvelle expertise psychiatrique non seulement établissent l'existence d'une maladie mentale, mais permettent également de conclure à l'existence de

cette maladie déjà au moment de la condamnation. Fatti nuovi, confermati da una nuova perizia e dall'evoluzione intervenuta dopo il giudizio, quale motivo di revisione (art. 200 cpv. 1 lett. a PPM) Una nuova perizia che porta a differenti conclusioni da quelle della perizia sulla quale si basava il giudizio di cui è chiesta ora la revisione, non rappresenta di regola un fatto nuovo che potrebbe costituire motivo di revisione. Diverso è il caso, quando la nuova perizia e l'evoluzione intervenuta dopo il giudizio permettono di concludere che esistono dei fatti di cui non si è tenuto conto né nel giudizio né nella perizia sulla quale si basava il giudizio. Ad esempio quando un giudice

basandosi su una perizia, riconosceva l'accusato come sano di mente, mentre che la sua ulteriore evoluzione e la nuova perizia psichiatrica stabiliscono non solo una malattia mentale, ma confermano pure l'esistenza di questa malattia già al momento della condanna. Aus dem Sachverhalt: A. Mit Urteil vom 6. Dezember 1989 sprach das Militärappellationsgericht 28 Pz Sdt D.H. der fortgesetzten Dienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1 MStG schuldig und bestrafte ihn mit sechs Monaten Gefängnis. Gleichzeitig wurde der Verurteilte gemäss Art. 12 Abs. 1 MStG aus der Armee ausgeschlossen. Ferner widerrief das Militärappellationsgericht die mit Strafmandat des Auditors Divisionsgericht 7 vom 12. Dezember 1986 bedingt ausgesprochene Gefängnisstrafe von einem Monat. Das vom Sozialpsychiatrischen Dienst des Kantons St. Gallen erstellte psychiatrische Gutachten, das dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde lag, attestierte dem Gesuchsteller verminderte Zurechnungsfähigkeit (vgl. act. 19.8). B. Mit Schreiben vom 14. Oktober 1992 bot die Militärkanzlei des Kantons St. Gallen D.H. zum Strafantritt auf den 4. Januar 1993 auf. Auf Veranlassung des Arbeitgebers holte das für den Vollzug zuständige Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen ein neues psychiatrisches Gutachten ein. Gemäss diesem Gutachten leidet der Gesuchsteller an einer schizotypen Störung. Die Gefahr gesundheitlicher Schädigungen werde durch den Vollzug der Strafe wesentlich erhöht und könne durch besondere Vorkehrungen im Vollzug nicht herabgesetzt werden. Gestützt auf dieses Gutachten wurde der Vollzug der von D.H. zu verbüssenden Gefängnisstrafen durch das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen um ein Jahr aufgeschoben (act. 40). C. Mit Eingabe vom 13. Juli 1993 stellte der Auditor Divisionsgericht 7 ein Revisionsbegehren gemäss Art. 200 ff. MStP. Er beantragt, es sei das Urteil des Militärappellationsgerichtes, 28 vom 6. Dezember 1989 aufzuheben, und es sei D.H. bezüglich des Vorwurfes der Dienstverweigerung sowie bezüglich des Widerrufs des Strafmandates des Auditors Divisionsgericht 7 vom 12. Dezember 1986 neu zu beurteilen. Unter Hinweis auf das neue psychiatrische Gutachten des Sozialpsychiatrischen Dienstes des Kantons St. Gallen vom 1. Juni 1993 macht der Auditor geltend, dass die Strafe, hätte die Vorinstanz davon Kenntnis gehabt, dass H. nicht nur in leichtem, sondern in erheblichem Masse vermindert zurechnungsfähig war, erheblich geringer ausgefallen wäre. 291

Aus den Erwägungen: Das Erfordernis der Neuheit verlangt, dass die fragliche Tatsache oder das fragliche Beweismittel dem seinerzeit urteilenden Gericht nicht bekannt, dieses also in einem Sachirrtum betangen war. Das Urteil des Militärappellationsgerichtes 28 vom 6. Dezember 1989 ging bei der Strafzumessung von einer verminderten Zurechnungsfähigkeit von H. aus. Es stützte sich dabei auf das psychiatrische Gutachten des Sozialpsychiatrischen Dienstes des Kantons St. Gallen vom 26. Juni 1989. Das vom Auditor nunmehr eingereichte Gutachten desselben Institutes vom 10. Juni 1993, das zuhanden des Justiz- und Polizeidepartementes des Kantons St. Gallen erstattet wurde,

kommt zu ganz anderen Schlüssen, indem es - im Gegensatz zum früheren Gutachten - feststellt, dass H. an einer Geisteskrankheit (schizotype Störung) leide und diese Krankheit mit grosser Wahrscheinlichkeit bereits 1986 vorhanden gewesen sei. Deshalb sei die Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht der Tat oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht deutlich reduziert gewesen. Im heutigen Zeitpunkt stehe fest, dass aus psychiatrischer Sicht die Militärdiensttauglichkeit definitiv nicht mehr gegeben sei. 3.a) Der vorliegend zu beurteilende Fall unterscheidet sich von vielen anderen Revisionsverfahren dadurch, dass dem Sachrichter zur Frage der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten ein Beweismittel in Form einer gerichtlichen Expertise vorlag. Die Aufhebung eines Urteils darf nicht leichtfertig erfolgen. Das muss besonders auch dann gelten, wenn ein Revisionskläger - wie hier - erst nachträglich durch ein anders lautendes Gutachten eine neue Tatsache geltend macht und auf diesem Wege ein dem angefochtenen Urteil zugrunde liegendes gleichartiges Beweismittel entkräften will. Gemäss ständiger Rechtsprechung verlangt das Militärkassationsgericht daher, dass die im Revisionsverfahren neu geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel beim Revisionsrichter die Überzeugung von der Unrichtigkeit des früheren Urteils erwecken müssen. Er darf sich nicht mit einer blossen Wahrscheinlichkeit begnügen und den endgültigen Entscheid über die Schlüssigkeit der neuen Unterlagen dem Richter im wiederautgenommenen Verfahren überlassen (MKGE vom 19. September 1986 i.S. M. m.w.H.). Liegt dem angefochtenen Entscheid zur Frage der Zurechnungsfähigkeit bereits ein gerichtlich eingeholtes Gutachten zugrunde und beruft sich ein Revisionskläger zum Beweis der von ihm neu behaupteten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zur Tatzeit auf ein anderes, von jenem abweichendes Gutachten, so ist daher ein besonders strenger Massstab an die Voraussetzungen der Neuheit und Erheblichkeit dieser Tatsache zu legen. b) Die Ergebnisse der erneuten psychiatrischen Begutachtung durch den Sozialpsychiatrischen Dienst des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 1993 können gerade auch im Vergleich zur früheren Expertise desselben

Institutes weder zum Vornherein als unannehmbar betrachtet werden, noch sind sie in ihrer Bedeutung als derart geringfügig anzusehen, dass mit Bezug auf den angefochtenen Entscheid nicht eine erhebliche Strafminderung oder gar ein Freispruch ernsthaft in Betracht zu ziehen wäre. Gleichwohl müsste dem Revisionsgesuch der Erfolg dann versagt bleiben, wenn es dem Revisionskläger nicht gelänge, die Schlussfolgerungen der ursprünglichen Gerichtsexpertise zu entkräften. Beim Revisionsrichter kann sich die Überzeugung von der Unrichtigkeit des Urteils insbesondere dann einstellen, wenn das dem Urteil zugrunde liegende Gutachten auf dem Hintergrund der späteren psychischen Entwicklung, die neue eindeutige Rückschlüsse auf den psychischen Zustand zur Zeit der Tat zulässt, im Nachhinein als unzulänglich erscheinen muss (MKGE vom 11. Juni 1993 i.S. R.). -Damit ist andererseits auch gesagt, dass ein dem vollständigen und überzeugendem gerichtlichen Sachverständigenbefund widersprechendes, aber gleichwertiges Gutachten dem Revisionsbegehren nicht zum Durchbruch zu verhelfen vermag, nur weil es zu anderen Schlussfolgerungen gelangt (vgl. MKGE vom 18. Juni 1990 i.S. 8.). e) Das dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde liegende Gutachten des Sozialpsychiatrischen Dienstes des Kantons St. Gallen vom 26. Juni 1989 steht im Widerspruch zum neuen Gutachten desselben Institutes vom 10. Juni 1993. Während das ursprüngliche Gutachten apodiktisch festhielt, dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Tat an keiner Geisteskrankheit litt, kommt das neue Gutachten - aufgrund der inzwischen eingetretenen Entwicklung - zum gegenteiligen Schluss, indem es eine solche schon für den Zeitpunkt der Tat feststellt. Nach dem ursprünglichen Gutachten war der Angeklagte bloss vermindert zurechnungsfähig,

während nach der neuen Expertise die Einsichts- und Handlungsfähigkeit des Angeklagten deutlich reduziert war. Die Widersprüche zwischen den beiden Gutachten sind somit offensichtlich. Das neue Gutachten ist mit besonderer Sorgfalt und umfassend abgefasst, und auch seine Schlussfolgerungen gestützt auf neue Befunde, die auch Rückschlüsse auf den psychischen Zustand zur Zeit der Tat erlauben, haben Überzeugungskraft. Soweit es gestützt auf Art. 207 MStP die Tatsache der in einem erhöhten Masse verminderten Zurechnungsfähigkeit antizipierend rechtlich zu würdigen gilt, ergibt sich zusammenfassend, dass die erhöhte Verminderung der Zurechnungsfähigkeit mit einer für die Revision hinreichenden Deutlichkeit dargetan ist und auch in einem solchen Masse, dass an der Erheblichkeit der neuen Tatsache nicht gezweifelt werden kann. Ob die Akten ergänzt werden müssen, namentlich durch Beizug eines weiteren gerichtlichen Gutachtens (das sich unter anderem zur Frage äussern müsste, welche der üblicherweise verwendeten Bezeichnungen auf der Skala von leichter, mittlerer bis schwerer Zurechnungsunfähigkeit dem hier verwendeten Begriff "deutlich reduziert" entspräche), bleibt dem Sachrichter vorbehalten. 293

Jedenfalls ist die zu gewartigende Strafreduktion erheblich im Sinne von Art. 200 Abs. 1 Bst. a MStP. 4. Bei der Rechtsanwendung hat die Vorinstanz Art. 8 Abs. 2 MStG (lex mitior) zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die am 15. Juli 1991 in Kraft getretenen Art. 81 Ziff. 5 und Art. 81a Ziff. 4 MStG zu beachten. Danach bleibt der Täter straflos, wenn er erstens dienstuntauglich erklärt wird und zweitens die Dienstuntauglichkeit bereits zur Zeit der Dienstverweigerung bzw. Dienstversäumnis bestanden hat. Ist der Verurteilte bereits aus der Armee ausgeschlossen, kommt eine Dienstuntauglichkeitserklärung durch die zuständige Verwaltungsbehörde nicht mehr in Betracht. Dies gilt auch dann, wenn das den Ausschluss anordnende Urteil im Rahmen eines Revisionsverfahrens aufgehoben wird und der Ausgeschlossene formell wieder der Armee angehört. Auch für diesen Fall hat der Sachrichter lediglich aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens zu beurteilen, ob der Angeklagte im Zeitpunkt der Dienstverweigerung bzw. Dienstversäumnis im Lichte der Praxis des BASAN diensttauglich war oder nicht (vgl. MKGE vom 3. Dezember 1993 i.S. M.). (3. Dezember 1993, Aud. e. Div Ger 7) 68. Notification d'un jugement contumacial; non-comparution du condamné par défaut à l'audience principale dans la procédure de relief { art. 156, al. 1 et art. 157, al. 2, lettre b PPM) Lorsqu'un fonctionnaire civil remet à un condamné par défaut une copie du jugement contumacial, ce jugement n'est pas dûment notifié par cette remise et le délai pour demander le relief ne commence pas à courir. Criteres sévères pour apprécier la validité d'une excuse invoquée par un condamné par défaut qui n'a pas comparu à l'audience principale de la procédure de relief. Aushändigung des Abwesenheitsurteils; Nichterscheinen des im Abwesenheitsverfahren Verurteilten zur Hauptverhandlung im Wieder- aufnahmeverfahren { Art. 156 Abs. 1 und Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP) Übergibt ein ziviler Beamter einem im Abwesenheitsverfahren Verurteilten eine Kopie des Abwesenheitsurteils, so ist dieses damit nicht vorschriftsgemäss ausgehändigt; die Frist, dessen Aufhebung zu verlangen, beginnt nicht zu laufen. 294

Strenge Anforderungen an eine Entschuldigung, wenn der im Abwesenheitsverfahren Verurteilte zur Hauptverhandlung im Wieder- aufnahmeverfahren nicht erscheint. Notification di una sentenza contumaciale; assenza del condannato in contumacia all'udienza principale della procedura di revoca della sentenza contumaciale { art. 156 cpv. 1 e art. 157 cpv. 2 lett. b PPM) Allorquando un funzionario civile rimette a un condannato in contumacia u

na copia della sentenza contumaciale, questa sentenza non è considerata come notificata a norma di legge e non inizia la decorrenza del termine per domandare la revoca della sentenza contumaciale~ Criteri severi per valutare la validità di una giustificazione portata da un condannato in contumacia che era assente all'udienza principale della procedura di revoca della sentenza contumaciale. Résumé des faits: A. Par jugement du 22 novembre 1989, le Tribunal militaire de division 2 a reconnu J.M. coupable de faux dans les documents de service (art. 78 CPM), insoumission intentionnelle (art. 81, eh. 1, al. 2 CPM) et inobservation de prescriptions de service (art. 72 CPM) et l'a condamné par défaut à la peine de 45 jours d'emprisonnement, sans sursis, et aux frais de la cause fixés à 700 francs. B. M. avait quitté la Suisse au plus tard en janvier 1989 sans laisser d'adresse ni s'annoncer aux autorités militaires. Arrêté lors de son retour en Suisse, il reçut notification du jugement du Tribunal militaire de division 2 le 25 juillet 1990. Le même jour, il en demanda le relief. Entendu deux jours plus tard par le juge d'instruction militaire, il confirma sa demande de relief et s'engagea à répondre à toute citation qui serait adressée à son conseil de choix à Neuchâtel. Pour le cas où cette adresse ne serait plus valable, il s'engageait à en informer immédiatement le greffe du Tribunal militaire de division 2~ 11 fut rendu attentif au fait que, s'il ne se présentait pas à la nouvelle audience de jugement, le jugement du 22 novembre 1989 entrerait en force. Le mandat de son conseil ayant pris fin en octobre 1990, M. fut à nouveau entendu par le juge d'instruction militaire le 4 juillet 1991. 11 s'engagea alors à répondre à toute citation qui lui serait envoyée à l'adresse de son père à Sainte-Croix. C. M. fut cité à comparaître à une audience de relief le 3 septembre 1992, d'abord par une convocation envoyée à l'adresse qu'il avait indiquée chez son père à Sainte-Croix, puis par voie édictale. 11 fit défaut à cette audience. Par décision du 3 septembre 1992, le Tribunal militaire de division 2

2 constata que le condamné n'avait pas donné suite, sans excuse, à la citation et qu'il était dès lors présumé avoir renoncé à sa demande de relief. 11 déclara en conséquence le jugement contumacial du 22 novembre 1989 définitif et exécutoire, et mit les frais de la procédure, par 250 francs, à la charge du condamné. Notifiée le 3 novembre 1992 à l'adresse du père de l'intéressé, cette décision fut retournée par la poste avec l'indication ~'parti sans laisser d'adresse". Une deuxième notification tentée le 9 novembre 1992 fut refusée. L'intéressé étant sans domicile connu, le dispositif de la décision du 3 septembre 1992 fut publié dans la Feuille Fédérale du 22 décembre 1992. Convoqué entre-temps par le Département de justice et police du canton de Neuchâtel pour un problème civil, M. se présenta le 8 avril 1993 et y reçut copie de la décision du Tribunal militaire de division 2 du 3 septembre 1992. Cette même décision lui fut ensuite officiellement notifiée par le greffe du Tribunal militaire de division le 11 mai 1993, par envoi postal avec accusé de réception. D. Le 11 mai 1993, M. a adressé au Tribunal militaire de division 2 une lettre dans laquelle il demande "une restitution de délai d'ou la motivation d'un recours en cassation, afin d'obtenir le relief". En substance, il conteste le refus du Tribunal militaire de division 2 de prendre en considération sa demande de relief. 11 précise que le jugement concernant sa peine d'emprisonnement (soit la décision du 3 septembre 1992) ne lui est jamais parvenu, pas plus que les autres avis relatifs à cette affaire, son père, avec lequel il s'était "fortement disputé", ne les lui ayant pas fait suivre. Entendu par le Juge d'instruction le 25 mai 1993, M. a expliqué qu'il se trouvait en France en 1992. A son retour en Suisse au mois d'octobre, son père lui aurait dit, pour la première fois, qu'il ne voulait désormais plus s'occuper de son courrier. 11 ne lui avait d'ailleurs pas remis la citation à l'audience du 3 septembre 1992. E. Par décision du 28 mai 1993, le Président du Tribunal

militaire de division 2 a rejeté la demande de restitution de délai contenue dans la lettre du recourant du 11 mai 1993, au motif qu'elle était tardive, n'ayant pas été présentée dans le délai de dix jours dès la communication à l'intéressé, le 8 avril 1993 par le Département de justice et police du canton de Neuchâtel, d'une copie de la décision incriminée. F. Par un mémoire du 7 juin 1993, l'avocat O.O., conseil de choix de M., a demandé au Tribunal militaire d'appel 1 B d'annuler la décision du 28 mai 1993, d'accorder la restitution de délai sollicitée et de considérer la lettre du 11 mai 1993 comme un recours contre la décision du Tribunal militaire de division 2 du 3 septembre 1993. Par décision du 2 juillet 1993, le Prési- 296

dent du Tribunal militaire d'appel 1 B a admis l'appel, dans la mesure où il était recevable, et transmis le dossier au Tribunal militaire de division 2 pour qu'il le fasse suivre au Tribunal militaire de cassation. ~ G. Le Président et L'Auditeur du Tribunal militaire de division 2 ont renoncé à formuler des observations. Considérant: 1. La voie du recours au Tribunal militaire de cassation est ouverte contre les décisions des tribunaux de division et des tribunaux militaires d'appel refusant le relief d'un jugement par défaut (art. 195, let. d PPM). En l'espèce, le recourant a eu tout d'abord connaissance de la décision attaquée lorsqu'elle lui fut remise en copie par les autorités civiles neuchâtoises le 8 avril 1993; puis il l'a reçue, sous pli recommandé avec accusé de réception, lorsqu'elle lui fut notifiée par le Tribunal militaire de division 2 le 11 mai 1993. C'est cette dernière notification qui, seule, fait partir le délai de recours. En effet, conformément à la jurisprudence du tribunal de céans (ATMC 10, no 114; ATMC F. du 22 septembre 1988), le délai de relief ou de recours commence à courir soit dès la notification personnelle du jugement par la voie ordinaire (art. 154 PPM), soit dès sa remise par la police ou le juge d'instruction (art. 156 PPM). Au regard de ces principes, la simple remise d'une photocopie de la décision par un fonctionnaire du Département de justice et police du canton de Neuchâtel demeure sans effet. Déposé le jour de la notification officielle de la décision attaquée, satisfaisant aux conditions de forme de l'article 197, al. 1 PPM, le recours a donc été formé en temps utile. La question s'est posée si l'écriture du recourant du 11 mai 1993 ne conte ... nait pas également, voire exclusivement, une demande de restitution de délai, comme son texte l'indique. Or, en l'espèce, il ne s'agissait pas de dire si M. avait droit à une restitution de délai au sens de l'art. 47 PPM, mais uniquement de juger si l'intéressé pouvait, par la voie d'un recours seule ouverte ici, se prévaloir, après l'audience de reprise de cause à laquelle il avait fait défaut, d'une excuse valable justifiant l'octroi du relief. En précisant le but qu'il recherchait, soit obtenir le relief, M. a suffisamment manifesté sa volonté de recourir et son recours est recevable en la forme. 2.a) Selon l'article 157, al 2, let. b PPM, le condamné par défaut qui ne donne pas suite, sans excuse, à la citation du Tribunal à l'audience de relief est présumé avoir renoncé à sa demande. Cette présomption peut être renversée si le condamné démontre, le cas échéant après l'audience, avoir eu une raison valable pour ne pas comparaitre à l'audience de relief : ce 297

qu'il ne peut faire que dans le cadre d'un recours contre la décision du tribunal ayant appliqué l'article 157, al. 2, let. b PPM. 11 appartient alors au Tribunal militaire de cassation d'examiner dans le cadre du recours, si l'excuse présentée a posteriori est valable ou non (ATMC 10, no 81, cons. 2). En effet, seul le défaut non excusable du condamné à l'audience de reprise de cause entraîne la forclusion du droit au relief. Selon la doctrine, il faut se montrer sévère dans l'appréciation du caractère excusable de ce défaut, puisque le condamné qui demande le relief sait qu'il sera cité à comparaitre une nouvelle fois devant le Tribunal.

Il doit prendre par conséquent toutes les mesures nécessaires pour être à disposition de la justice le moment venu. Pour cette raison, on considère qu'a renoncé au relief celui qui, après l'avoir demandé, se met dans l'impossibilité d'être atteint par une citation (cf. Maillefer, Le jugement contumacial en procédure pénale militaire, Revue Pénale Suisse, tome 104, 1987, p. 189). b) En l'espèce, M. s'est borné à indiquer au Juge d'instruction qu'il pouvait être atteint à l'adresse de son père. Or selon lui, le fait que ce dernier n'ait pas fait suivre le courrier, sans l'en avertir, serait une excuse suffisante. On ne saurait toutefois admettre ce point de vue. Compte tenu des exigences accrues posées à qui demande le relief, force est de constater que les dispositions prises par M. étaient insuffisantes. Il appartenait non seulement de communiquer ses lieux de séjour à son père pour que le courrier puisse suivre, mais également de s'assurer que son père lui remettait effectivement les correspondances reçues à son intention: ce qu'il n'a pas fait avant le mois d'octobre 1992, alors même qu'il reconnaît avoir été en mauvais termes avec son père. Négligent dans ses affaires personnelles, le recourant paraît en réalité ne s'être jamais sérieusement soucié de pouvoir être atteint par des notifications judiciaires relatives à sa demande de relief du jugement rendu par le Tribunal militaire de division 2 le 22 novembre 1989. Ne pouvant se prévaloir d'une excuse suffisante pour avoir fait défaut à l'audience de relief, le recourant doit donc être débouté. 3. Vu le rejet du recours, les frais de la procédure sont mis à la charge de M. en application de l'article 199, al. 1 PPM. (3 décembre 1993, M. e. Trib div 2) 298

69. Dienstversäumnis; Beweis der Einrückungsunfähigkeit; Voraussetzungen der Strafflosigkeit; willkürliche Beweiswürdigung bei der Annahme eines leichten Falls (Art. 81a Ziff. 1 und 4 MStG, Fassung vom 5.10.1990) Die Zeugenaussage, wonach ein Armeeingehöriger zur Zeit des Einrückens nervlich krank gewesen und später in eine psychiatrische Klinik eingewiesen worden sei, beweist dessen Einrückungsunfähigkeit nicht. Nur die behördliche Feststellung der Dienstuntauglichkeit, die zum Ausschluss aus der Armee führt, bewirkt die in Art. 81 a Ziff. 4 MStG, Fassung vom 5.10.1990, vorgesehene Strafflosigkeit. Zuständig zu dieser Feststellung sind allein die mit dieser Aufgabe betrauten militärärztlichen Verwaltungsbehörden. Wer zu einem Militärdienst unentschuldigt nicht eingerückt ist, hat seine Pflichten, die sich aus der Wehrpflicht ergeben, nicht erfüllt und erhält keinen Auslandurlaub. Willkürliche Beweiswürdigung, wenn unter solchen Umständen der fehlende Auslandurlaub als Formsache dargestellt und deswegen ein leichter Fall von Dienstversäumnis angenommen wird. Bestätigung der Rechtsprechung betreffend die Voraussetzungen des leichten Falls. Insoumission; preuve de l'aptitude à entrer en service; conditions d'une libération de toute peine; appréciation arbitraire des preuves conduisant à admettre l'existence d'un cas de peu de gravité {art. 81 a, chiffres 1 et 4 CPM, dans sa teneur du 5.10.1990) La déclaration d'un témoin, affirmant qu'un militaire était malade des nerfs au moment de l'entrée en service et qu'il avait dû entrer en clinique psychiatrique par la suite, ne prouve pas l'inaptitude à entrer en service. Seule la constatation officielle de l'inaptitude au service militaire, conduisant à l'exclusion de l'armée, entraîne la libération de toute peine prévue à l'art. 81 al. 4 CPM, dans sa teneur du 5.10.1990. Sont seules compétentes pour faire cette constatation les autorités administratives (sanitaires de l'armée) chargées de cette tâche. Celui qui, sans excuse valable, ne se présente pas à l'entrée en service, n'a pas rempli ses obligations résultant du service militaire et ne reçoit pas de congé pour l'étranger. Appréciation arbitraire des preuves lorsque, dans de telles circonstances, l'absence d'un congé pour l'étranger est considérée comme une pure formalité et qu'ainsi, un cas de peu de gravité est retenu par les

juges. Confirmation de la jurisprudence concernant les conditions permettant d'admettre le cas de peu de gravité. 299

Omissione de/ servizio; prova sul/a capacità a prestare servizio; condizioni di esenzione da pena; apprezzamento arbitraria de/le prove nell'ammettere un caso poco grave (art. 81a cfr. 1 e 4 CPM versione del 5.10.1990) La dichiarazione di un testimone che conferma che il milite al momento dell'entrata in servizio era malato di nervi e che in seguito è stato ricoverato in una clinica psichiatrica, non prova l'inabilità a entrare in servizio. Solo la constatazione ufficiale dell'inabilità a prestare servizio militare, con la conseguente esclusione dall'esercito, comporta l'esenzione da pena secondo l'art. 81a cfr. 4 CPM nella versione del 5.10.1990. La competenza per questa constatazione spetta unicamente alle autorità amministrative sanitarie dell'esercito, alle quali è demandato questo compito. Colui che senza valida giustificazione non entra in servizio, non ha adempiuto i suoi obblighi derivanti dal dover prestare servizio militare e non può ottenere un congedo per l'estero. Apprezzamento arbitraria delle prove se, in queste circostanze, la mancanza di un congedo per l'estero è considerata come una pura formalità e perciò si può ritenere un caso poco grave di omissione del servizio. conferma della giurisprudenza relativa alle condizioni per le quali si può ammettere un caso poco grave. Aus dem Sachverhalt: A. Mittr E. folgte. nachstehenden Aufgeboden zum Dienst nicht: zum EK 1990 vom 11. bis 23. Juni 1990; zum Nachschieskurs 1990 vom 21. November 1990; zur Nachinspektion 1990 vom 14. Dezember 1990; zum Nachschieskurs 1991 vom 20. November 1991; zum Nachschieskurs 1992 vom 18. November 1992; zum EK 1992 vom 23. November bis 5. Dezember 1992. Am 1. September 1990 reiste er nach Venezuela, in der Absicht, sich länger als sechs Monate dort aufzuhalten, ohne hierfür militärischen Auslandsurlaub erhalten zu haben. B. Das Divisionsgericht sprach Mittr E. am 29. April 1993 im Abwesenheitsverfahren von der Anklage der Dienstversäumnis (betreffend den EK 1990) frei. Von der Anklage der mehrfachen Dienstversäumnis (betreffend die übrigen Dienste) und der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften sprach es ihn unter Annahme eines leichten Falls von der kriminellen Anklage frei, bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 200.-- und auferlegte ihm die Verfahrenskosten. 300

C. Der Auditor führt Kassationsbeschwerde. Er beantragt, das Urteil des Div Ger 8 vom 29. April 1993 sei aufzuheben; die Sache sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; Mittr E. sei der mehrfachen Dienstversäumnis im Sinn von Art. 81 a Ziff. 1 MStG sowie der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinn von Art. 72 Ziff. 1 Abs. 1 MStG schuldig zu erklären und angemessen zu bestrafen; ihm seien die Verfahrenskosten für beide Instanzen aufzuerlegen. Der amtliche Verteidiger beantragt die kostenfällige Abweisung der Kassationsbeschwerde. Der Präsident Div Ger 8 verzichtet auf eine Stellungnahme. Aus den Erwägungen: 1. Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. d, e und f MStP. Das Kassationsgericht ist demnach nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 4 MStP). 2. Der Beschwerdeführer erhebt drei Rügen: (1) Der Freispruch von der Anklage der Dienstversäumnis (betreffend den EK 1990) sei willkürlich, verletze das Strafgesetz und entbehre hinreichender Entscheidungsgründe. (2) Der Freispruch von der kriminellen Anklage der Dienstversäumnis (betreffend die übrigen Dienste) und der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften widerspreche dem aktenmässigen Beweisergebnis, beruhe auf der willkürlichen Annahme, dem Beschwerdegegner wäre Auslandsurlaub erteilt worden, und verletze das Strafgesetz. (3) Die disziplinarische Bestrafung des

Beschwerdegegners unter Annahme eines leichten Falls sei willkürlich und verletze das Strafgesetz. · · 3. Der im Zusammenhang mit der ersten Rüge erhobene Vorwurf, das angefochtene Urteil enthalte keine hinreichenden Entscheidungsgründe, wird nicht näher substantiiert und erfolgt im übrigen zu Unrecht. Der Kassationsgrund der fehlenden Entscheidungsgründe (Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP) erfasst einen formellen Mangel~ der selbständig und vorweg zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen kann (MKGE 11 Nr. 14, mit Hinweisen). Die schriftliche Urteilsbegründung sollte die Überlegungen des Gerichts zur Sachverhaltsdarstellung und zur Rechtsanwendung bekanntgeben, um ihnen wie auch einer Rechtsmittelinstanz zu ermöglichen, das Urteil zu überprüfen. Hinreichende Entscheidungsgründe fehlen nicht schon dann, wenn einzelne, allenfalls wünschbare Urteilsabwägungen unterbleiben oder mangelhaft erscheinen, sondern erst, wenn das Urteil in einem wesentlichen Punkt überhaupt keine Begründung enthält (MKGE vom 20. März 1992 i. S. B., E.1; vom 11. September 1987 301

i. S. G., E.1). Dies ist hier nicht der Fall. Das angefochtene Urteil erlaubte dem Beschwerdeführer ohne weiteres, die Beweiswürdigung und die rechtliche Beurteilung der Vorinstanz zu überprüfen und allfällige Fehler im einzelnen zu rügen. 4. Die erste Rüge betrifft den Freispruch von der Anklage der Dienstversäumnis (betreffend den EK 1990). a) Beanstandet wird zunächst, die Vorinstanz habe sich willkürlich medizinische Sachkunde angemasst und allein aufgrund der Zeugenaussage des Vaters des Beschwerdegegners angenommen, letzterer sei aus psychischen Gründen nicht fähig gewesen, in den EK 1990 einzu ... rücken. Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP ist gegeben, wenn wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis der Beweisverfahren widersprechen. Nach der Rechtsprechung des MKG bilden willkürliche Feststellungen des Sachverhalts den Hauptfall dieses Kassationsgrunds, der die Aktenwidrigkeit als Sonderfall miteinschliesst (MKG 10 Nr. 51, mit Hinweisen). Willkürliche Beweiswürdigung, die hier allein in Betracht fällt, ist anzunehmen, wenn tatsächliche Feststellungen offensichtlich falsch oder offensichtlich unhaltbar sind oder auf einem offensichtlichen Versehen beruhen (BGE 101 Ia 306, E.5; MKGE vom 3. Dezember 1992 i.S. H., E.3a; vom 20. März 1992 i.S. L., E.4). Die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdegegner sei am 11. Juni 1990 nicht einrückungsfähig gewesen, stützt sich allein auf die Zeugenaussage des Vaters vom 20. Februar 1993. Danach soll der Beschwerdegegner zur Zeit des Einrückens nervlich krank gewesen und am 9. Juli 1990 in die psychiatrische Klinik Langendorf eingewiesen worden sein, wo er sich bis Ende August 1990 aufgehalten habe; der Beschwerdegegner habe seinem Vater erzählt, er habe dem Fourier telefonisch gemeldet, wegen Nervenproblemen keinen Dienst leisten zu können . . Nach dieser Aussage steht lediglich fest, dass der Beschwerdegegner zur Zeit des Einrückens psychische Schwierigkeiten hatte. Der Beschwerdeführer weist zu Recht darauf hin, dass der Beschwerdegegner bereits 1988 nervlich belastet war und Mitte 1988 einen Nervenzusammenbruch erlitt (pag. 21), jedoch vorgängig den EK 1988 vom 13. bis 25. Juni 1988 (pag. 37) anstandslos geleistet hatte. Weshalb er trotz psychischer Störungen, die offenbar depressiver Art waren, am 11. Juni 1990 nicht in den EK einzurücken vermochte, ist nicht ersichtlich; die Einweisung in die psychiatrische Klinik Langendorf erfolgte erst rund einen Monat später. Durch Arztzeugnis hätte der Beschwerdegegner seine allenfalls fehlende Einrückungsfähigkeit rechtzeitig belegen müssen. Die Akten vermitteln keine Anhaltspunkte hierfür. Die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz 302

ist offensichtlich unhaltbar und beruht damit auf willkürlicher Beweiswürdigung. b) Ob durch die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdegegner sei zur Zeit des Einrückens nicht diensttauglich gewesen, ebenfalls der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. f gegeben sei, kann offen bleiben. b) Das rechts gültige Aufgebot zum EK 1990 verpflichtete den Beschwerdegegner einzurücken (MKGE 9 Nr. 137; 1 O Nr. 94, E.1). Eine allfällige Dienstuntauglichkeit hätte er beim Truppenarzt abklären lassen müssen. Indem er vorsätzlich dem Aufgebot zum EK 1990 nicht folgte, erfüllte er den Tatbestand der Dienstversäumnis. - e) Die Vorinstanz hat den Beschwerdegegner in Anwendung von Art. 81a Ziff. 4 MStG von der Anklage der Dienstversäumnis freigesprochen. Der Beschwerdeführer erblickt hierin den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP: eine Verletzung des Strafgesetzes, weil der Beschwerdegegner nie dienstuntauglich erklärt worden sei. Die Änderung des MStG vom 5. Oktober 1990 ist am 15. Juli 1991 in Kraft getreten. Der Beschwerdegegner rückte vor Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung nicht in den EK 1990 ein, wurde jedoch nach dessen Inkrafttreten vom Sachrichter beurteilt (BGE 101 IV 361, E.1). Nach Art. 8 Abs. 2 MStG ist deshalb das neue Recht anwendbar, wenn es das mildere ist. Art. 81a MStG in der Fassung vom 5. Oktober 1990 hat weder am Tatbestand noch an der Strafdrohung der Dienstversäumnis etwas geändert, den Täter jedoch (neu) straflos erklärt, wenn er dienstuntauglich erklärt wird und die Dienstuntauglichkeit bereits zur Zeit der Dienstversäumnis bestanden hat. Das neue Recht ist für den Beschwerdegegner insofern milder als das frühere und demnach allein anwendbar (MKGE vom 5. Juni 1992 i.S. D., E.2). Nach dem klaren Wortlaut von Art. 81a Ziff. 4 MStG bleibt der Täter nur straflos, wenn er dienstuntauglich erklärt wird. Die (körperliche oder geistige) Dienstuntauglichkeit muss demnach von einer für die Beurteilung zuständigen Behörde festgestellt werden (Popp, Kommentar, Nr. 39 zu Art. 81a MStG). Zuständig hierfür sind weder die Militärgerichte noch die in der Untersuchung beauftragten Gutachter, sondern allein die mit dieser Aufgabe betrauten militärärztlichen Verwaltungsbehörden (Verfügung des EMD vom 12. Januar 1970 über die militärärztliche Beurteilung der Diensttauglichkeit, MBD I, in SMA S. 395 ff.). Nur die behördliche Feststellung dauerhafter Dienstuntauglichkeit, die zum Ausschluss aus der Armee führt, bewirkt die in Art. 81a Ziff. 4 vorgesehene Strafflosigkeit (Popp, a.a.O.). Zu Recht rügt der Beschwerdeführer deshalb, dass der Beschwerdegegner bisher nicht, wie es für dessen Strafflosigkeit nach Art. 81a Ziff. 4 MStG 303

erforderlich gewesen wäre, dienstuntauglich erklärt worden ist und dass die Vorinstanz zu einer entsprechenden Erklärung nicht zuständig war. Der Freispruch von der Anklage der Dienstversäumnis (betreffend den EK 1990) verletzt insofern das Strafgesetz. 5. Die zweite Rüge betrifft den Freispruch von der kriminellen Anklage der Dienstversäumnisse (betreffend die übrigen Dienste). Der Beschwerdeführer beanstandet vorab die Feststellung, dem Beschwerdegegner wäre Ausländurlaub erteilt worden, wenn er sich formgerecht darum bemüht hätte, als willkürlich im Sinn von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP. Art. 48 Abs. 2 VMK PISA setzt für eine Beurlaubung voraus, dass der Meldepflichtige bis zum Zeitpunkt der Ausreise aus der Schweiz seine militärischen Pflichten erfüllt hat. Dies war hier nicht der Fall, nachdem der Beschwerdegegner am 11. Juni 1990 unentschuldig zum EK 1990 nicht eingedrückt war. Dass im Zeitpunkt der Ausreise, am 1. September 1990, noch keine Voruntersuchung angeordnet worden war, ist nicht erheblich; denn es kann ausgeschlossen werden, dass den für die Beurlaubung zuständigen Behörden die Versäumnis unbekannt geblieben wäre. Die beanstandete Feststellung erweist sich demnach als offensichtlich unhaltbar und beruht damit auf willkürlicher Beweiswürdigung. 6. Die

dritte Rüge betrifft die disziplinarische Bestrafung des Beschwerdegegners unter Annahme eines leichten Falls. Ob ein leichter Fall vorliegt, beurteilt sich nach der Rechtsprechung des MKG aufgrund der gesamten objektiven und subjektiven Umstände (MKGE vom 24. März 1988 i.S. H.; vom 27. November 1985 i.S. H.; MKGE 1980 Nr. 4). Ein Fall gilt als leicht, wenn er unter Berücksichtigung des Verschuldens, der Beweggründe, der persönlichen Verhältnisse und der dienstlichen Führung des Fehlbaren sowie des Interesses eines geordneten Dienstes als geringfügig erscheint (Popp, Kommentar MStG, N. 208 Vorbemerkungen, mit Hinweisen, namentlich auch auf Ziff. 305 Abs. 1 DR 80). Mit Bezug auf das Verschulden müssen gewichtige Straf- milderungs- oder -minderungsgründe vorliegen und straf erhöhende Umstände fehlen. Die übrigen Strafzumessungsfaktoren (Beweggründe, Vorleben, persönliche Verhältnisse, militärische Führung) dürfen zumindest nicht belastend sein (Hauri, Kommentar, N 52 ff. zu Art. 72 MStG). Die Rechtsfrage des leichten Falls prüft das MKG frei (MKGE vom 27. November 1985 i.S. H., mit Hinweisen). In objektiver Hinsicht steht hier fest, dass sich der Beschwerdegegner seit 1990 in keiner Weise um seine militärischen Pflichten gekümmert und mehrere Dienste nicht geleistet hat. Dass er bei seiner Ausreis-

Venezuela Urlaub erhalten hätte und von den Dienstleistungen dispensiert worden wäre, kann nicht angenommen werden. In subjektiver Hinsicht genügt für einen leichten Fall nicht, dass der Beschwerdegegner keine kriminelle Veranlagung zeigt, sich korrekt bei den Zivilbehörden abgemeldet und versucht hat, die Effekten im Zeughaus abzugeben (vorinstanzliches Urteil, S. 7 und 8). Er hat seine militärischen Pflichten vorsätzlich verletzt und trägt insofern ein erhebliches Verschulden. Weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht liegt demnach ein leichter Fall vor. Dieser Befund entspricht der Rechtsprechung des MKG in ähnlich gelagerten Fällen. Besondere Umstände, welche die Verfehlungen des Beschwerdegegners als geringfügig erscheinen liessen, sind nicht ersichtlich. Deshalb erweist sich die Annahme eines leichten Falls vorliegend als Verletzung des Strafgesetzes. 7. Die Kassationsbeschwerde ist somit gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. 8. Der Beschwerdegegner, der unterliegt, hat die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 193 Abs. 1, Art. 151 Abs. 1 MStP). (3. Dezember 1993, Aud. e. Div. Ger. 8) 70. Revisionsgründe; fehlende Zurechnungsfähigkeit als neue Tatsache, Privatgutachten als neues Beweismittel; Verhältnis zwischen der Dienstuntauglichkeit zur Zeit der Dienstverweigerung und dem Ausschluss aus der Armee (Art. 200 Abs. 1 Bst. a und Art. 208 MStP; Art. 81 Ziff. 5 MStG, Fassung vom 5.10.1990) Ein Privatgutachten kann genügen, um Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit eines Verurteilten zur Zeit der Tat und demzufolge die Revision eines Urteils, das von der vollen Zurechnungsfähigkeit des Verurteilten ausgegangen ist, zu begründen. Bei der Neuurteilung ist die Frage der Zurechnungsfähigkeit jedoch durch das Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen abzuklären. Für das Revisionsverfahren geltende Grundsätze zum Verhältnis zwischen der Dienstuntauglichkeit zur Zeit der Dienstverweigerung und dem Ausschluss aus der Armee; ausnahmsweise keine förmliche Feststellung der Dienstuntauglichkeit durch militärärztliche Vet-

waltungsbehörden, wenn der Betroffene bereits aus der Armee ausgeschlossen ist. Motifs de révision, irresponsabilité en tant que fait nouveau, expertise privée en tant que nouveau moyen de preuve; rapports entre l'incapacité au service militaire au moment du refus de servir et l'exclusion de l'armée {art. 200, al. 1, lettre a et art. 208 PPM; art. 81, chiffre 5

CPM dans sa teneur du 5.10.1990) · Une expertise privée· peut être suffisante pour susciter des doutes quant à la responsabilité pénale du condamné au moment de l'acte et peut, des lors,, entraîner la révision d'un jugement fondé sur la pleine responsabilité du condamné. Lors du nouveau jugement, il y a· ce- pendant lieu de faire examiner la responsabilité par une expertise émanant d'un expert désigné judiciairement. Principes applicables dans la procédure de révision quant aux rap- ports entre l'inaptitude au service militaire au moment du refus de servir et l'exclusion de l'armée; à titre exceptionnel, pas de constata- tion formelle de l'inaptitude au service militaire par les autorités ad- ministratives compétentes {sanitaires de l'armée) lorsque l'intéressé est déjà exclu de l'armée. Motivi di revisione; irresponsabilità quale fatto nuovo; perizia privata quale nuovo mezzo di prova; rapporto tra inabilità al servizio al mo- menta de/ rifiuto de/ servizio e /esclusione dall'esercito {art. 200 cpva 1 lett. a e art. 208 PPM; art. 81 cfr. 5 CPM versione de l 5.1 0.1990) Una perizia privata può essere sufficiente per suscitare dubbi sulla responsabilità penale del co.ndannato al momento dell'atto e può quindi essere motivo di revislone di un giudizio fondato sulla piena responsabilità del condannato. Con il nuovo giudizio la questione del- la responsabilità dovrà però essere esaminata mediante la perizia di un esperto designato dai giudice. Principi applicabili nella procedura di revisione sui rapporti tra l'inabi- lità al servizio al momento de l rifiuto del servizio e l'esclusione dall'e- sercito; in via eccezionale nessuna constatazione formale dell'inabilità al servizio da parte delle competenti autorità amministrative sanitarie dell'esercito, quando l'interessato e già stato escluso dall'esercito., Aus dem Sachverhalt: A. Mit Urteil vom 16. April 1992 wurde Füs B.M. durch das Divisionsgericht 5 der mehrfachen Dienstverweigerung schuldig gesprochen und zu vier Monaten Gefängnis verurteilt. Zudem wurde. der Verurteilte aus der Armee ausgeschlossen. Die Vorinstanz ging davon aus, der Gesuchsteller sei zum Zeitpunkt der Tatbegehung diensttauglich gewesen. 306

B. Mit Eihgabe vom 5. November 1993 beantragt der amtliche Verteidiger die Revision des Urteils des Divisionsgerichtes 5 vom 16. April 1992. Zur Begründung des Gesuches verweist er auf ein Privatgutachten von Dr. med. H.-J.P., Spezialarzt FMH für Psychiatrie und Rsychotherapie, der darin zum Schluss kam, dass der Angeklagte zum Zeitpunkt der . verweigerten Dienste wegen schwerer neurotischer Fehlentw.icklung mit · depressiver Symptomatik aus psychiatrischer Sicht . nicht mili- tãrdiensttaug,lich war. Aus den Erwagungen: 1. Gemãss Art. 200 Abs. 1 Bst. a MStP kann die Révision eines rechts- krãftigen Strafmandats oder Urteils verlangt werden, "wenn Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, die dem Richter im früheren Verfahren nicht bekannt waren und die allein oder zusammen mit früher festgestellten Tatsachen geeignet sind, Freispruch oder erheblich geringere Bestrafung des Verurteilten, Verurteilung eines Freigesprochenen oder Verurteilung wegen einer schwereren Straftat zu bewirken". Auch im Rahmen dieser gegenüber Art. 199 Abs. 1 MStGO geãnderten Umschreibung der Revision bleiben deren ·wesentlichen Voraussetzungen unverãndert, nãmlich das Erfordemis der Neuheit der geltend gemachten Tatsachen oder Beweismittel einerseits und der Erheblichkeit dieser Neuheit andererseits (MKGE vom 19. September 1986 i.S. M. m.w.H.). Im neuen Militãrstrafpro- zess ist im übrigen die Entscheidungsbefugnis des Revisionsrichters insofern erweitert worden, als er nun schon im Bewilligungsverfahren zu entscheiden hat, ob das angefochtene Urtei• aufzuheben ist oder nicht (Art. 207 MStP). 2.a) Das Erfordernis der Neuheit verlangt, dass die fragliche Tatsache oder . das fragliche Beweismittel dem seinerzeit urteilenden Gericht nicht bekannt, dieses also in einem Sachirrtum befangen war. Das Urteil des Divisionsgerichtes 5 vom 16. April1992 ging von der Diensttauglichkeit des

Angeklagten zum Zeitpunkt der verweigerten Dienste aus. Aus dem vom Gesuchsteller nunmehr eingereichten Gutachten von Dr. med. H.-J.P. ergibt sich indessen, dass der Gesuchsteller nach der Ansicht des Privatexperten im Jahre 1991 aus psychiatrischer Sicht nicht militärdiensttauglich war. Die Aufhebung eines Urteils darf nicht leichtfertig erfolgen. Gemäss ständiger Rechtsprechung verlangt das Militärkassationsgericht daher, dass die im Revisionsverfahren neu geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel beim Revisionsrichter die Überzeugung von der Unrichtigkeit des früheren Urteils erwecken müssen. Er darf sich nicht mit einer blossen Wahrscheinlichkeit begnügen und den endgültigen Entscheid über die Schlussfolgerung der neuen Unterlagen dem Richter im wiederaufgenommenen Verfahren überlassen (MKGE vom 19. September 1986 i.S. M. r:n.w.H.).

b) Das Gutachten, das der Gesuchsteller bzw. dessen Bruder veranlasst hat, ist als neues Beweismittel zu qualifizieren und lässt im Hinblick auf die Gutheissung des Revisionsgesuches in hinreichendem Ausmass an der Diensttauglichkeit des Verurteilten zur Zeit der Delinquenz zweifeln. Sollte sich im Laufe der weiteren Erhebungen die Schlussfolgerung von Dr. P. bestätigen, ist mit der Straflosigkeit des Angeklagten zu rechnen (Art. 81 Ziff. 5 MStG). Für das wiederaufzunehmende Verfahren vermag nämlich das vorliegende Parteigutachten als Entscheidungsgrundlage nicht auszureichen. Das neue Urteil des Divisionsgerichtes ist vielmehr auf das Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen abzustützen (vgl. MKGE vom 6. September 1993 i.S. M.).

3. Sezüglich der Rechtsanwendung durch die Vorinstanz im wiederaufzunehmenden Verfahren ist davon auszugehen, dass der Täter straflos bleibt, wenn er erstens durch die zuständige Verwaltungsbehörde dienstuntauglich erklärt worden ist, und zweitens die Dienstuntauglichkeit bereits zur Zeit der Dienstverweigerung bestanden hat (Art. 81 Ziff. 5 MStG, vgl. auch Art. 81a Ziff. 4 MStG, wo sich die gleiche Problematik bei der Dienstversäumnis stellt; dazu MKGE vom 3. Dezember 1993 i.S. D.). Mit Bezug auf diese grundsätzlich kumulativen Voraussetzungen ist folgendes zu beachten:

- a) Wurde der Gesuchsteller nicht aus der Armee ausgeschlossen, hat er vor Stellung des Revisionsgesuches bei der zuständigen Verwaltungsbehörde (SASAN) ein Gesuch um Dienstuntauglichkeitserklärung einzureichen. Wird diesem Gesuch entsprochen, kann er unter Hinweis auf die Dienstuntauglichkeitserklärung ein Revisionsgesuch stellen. Unterlässt er dies, tritt das Militärkassationsgericht auf das Revisionsbegehren nicht ein.
- b) Wurde der Gesuchsteller wie im vorliegenden Fall indessen aus der Armee ausgeschlossen, ist er zur Stellung eines Dienstuntauglichkeitsgesuches beim SASAN nicht mehr legitimiert. Nur unter diesen Umständen kann er unter Hinweis auf den Revisionsgrund der Dienstuntauglichkeit beim Militärkassationsgericht direkt das Revisionsgesuch einreichen. Wird dieses gutgeheissen, so wird die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen, welche die Frage der Diensttauglichkeit zum Zeitpunkt der Tatbegehung abzuklären hat. Auch wenn der Gesuchsteller infolge der Aufhebung des angefochtenen Urteils formell wieder dienstpflichtig wird, ist die Vorinstanz nicht gehalten, die Frage der Diensttauglichkeit dem SASAN zu unterbreiten. Vielmehr genügt es, wenn sie aufgrund des Ergebnisses des eigenen Beweisverfahrens - allerdings im Lichte der Praxis des SASAN - die Frage beurteilt, ob der Angeklagte im entscheidenden Zeitpunkt diensttauglich war oder nicht. Auf die formelle Dienstuntauglichkeitserklärung durch das SASAN kann somit ausnahmsweise verzichtet werden. Ungeachtet der Aufhebung des Urteils vom 16. April 1992, das B.M. aus der

Armee ausgeschlossen hat, kann das. wiederaufzunehmende Verfahren vor Divisionsgericht 5 nicht mehr dazu führen, dass B.M. in der Armee. verbleibt. Vielmehr ist nurmehr darüber zu befinden, ob die Dienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Ziff. 5 MStG straflos bleibt.

4. Aufgrund dieser Erwägungen ist das Revisionsgesuch gutzuheissen und das Urteil des Divisionsgerichtes 5 vom 16. April 1992 aufzuheben. Die Vorinstanz wird angewiesen, für die Militärdiensttauglichkeit des Verurteilten zur Zeit der Tat ein psychiatrisches Gutachten einzuholen und die Strafsache in der Folge neu zu beurteilen.

5. Infolge Gutheissung des Revisionsgesuches gehen die Kosten des Revisionsverfahrens zu Lasten des Bundes (Art. 207 Abs. 3 MStP). (3. Dezember 1993, M. e. Div Ger 5) 71. Libération de toute peine en cas d'inaptitude au service militaire au moment du refus de servir; opportunité d'une expertise en tant que question de nature procédurale (art. 81, chiffre 5 CPM dans sa teneur du 5.10.1990; art. 185, al. 1, lettre e et al. 2 PPM) La libération de toute peine prévue à l'art. 81, chiffre 5 CPM dans sa teneur du 5.10.1990 suppose que l'inaptitude au service militaire ait été constatée par l'autorité compétente. Cette condition n'est pas remplie lorsqu'un militaire, qui a refusé d'accomplir son service militaire en tant que carabinier, est reconnu apte au service militaire par l'autorité sanitaire compétente, qui préconisait cependant son incorporation en qualité d'ordonnance de bureau. Le grief faisant valoir que l'aptitude au service militaire restreinte (au service en qualité d'ordonnance de bureau) aurait du faire l'objet d'une expertise, est de nature procédurale; des lors un tel grief ne serait recevable par le Tribunal militaire de cassation que s'il avait été invoqué avant l'audience principale de l'instance antérieure. 309

Straflosigkeit bei Dienstuntauglichkeit zur Zeit der Dienstverweigerung; Bedarf nach dem Beizug von Sachverständigen a/s Verfahrensfrage (Art. 81 Ziff. 5 MStG, Fassung vom 5.10.1990; Art. 185 Abs. 1 Bst. e und Ab§. 2 MStP) Die in Art. 81 Ziff. 5 MStG, Fassung vom 5.10.1990, vorgesehene Straflosigkeit setzt behördlich festgestellte Dienstuntauglichkeit voraus. Diese fehlt, wenn ein Armeeangehöriger, der den Dienst als Fusilier verweigert hat, von einer UC diensttauglich erklärt, jedoch für den Dienst als Büroordonnanz empfohlen wird und in der Folge entsprechenden Dienst leistet. Die Rüge, die (auf den Dienst als Büroordonnanz) beschränkte Diensttauglichkeit hätte durch Sachverständige geklärt werden sollen, betrifft das Verfahren, weshalb das Militärkassationsgericht darauf nur eintreten könnte, wenn sie während der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erhoben worden wäre.

Esenzione da pena in caso di inabilità al servizio al momento di rifiuto de/ servizio; necessità di richiedere l'al/estimento di una perizia quale domanda di natura procedurale (art. 81 cfr. 5 CPM versione del 5.10.1990; art. 18.5 cpv. 1 lett. e e epv. 2 PPM) L'esenzione da pena prevista all'art. 81 cfr. 5 CPM nella versione del 5.10.1990 presuppone che l'inabilità al servizio sia stata verificata dall'autorità competente. Questa condizione non è adempiuta quando un milite che ha rifiutato il servizio quale carabiniere, è riconosciuto abile al servizio dall'autorità sanitaria competente, che consigliava però la sua incorporazione quale ordinanza d'ufficio. La contestazione per la quale l'abilità al servizio limitata (al servizio di ordinanza d'ufficio) avrebbe dovuto essere provata con una perizia, e di natura procedurale; una simile contestazione sarebbe dunque ricevibile dal Tribunale militare di cassazione solo nel caso in cui fosse stata invocata all'udienza principale di precedente istanza.

Résumé des faits : A. Le 17 janvier 1991, O.O. fut déclaré apte au service et incorporé comme carabinier. Entré le 3 février 1992 à l'ER inf 2 à Colombier, il exprima, le 10 février déjà, la volonté de ne plus continuer d'accomplir son service; le 13 février, il confirma sa résolution et refusa l'ordre de regagner sa section. Il signa alors une

déclaration expliquant qu'il refusait de servir par commodité personnelle et parce qu'il ne supportait pas de recevoir des ordres. Devant le juge d'instruction, il a évoqué la dureté des exercices, se plaignant à ce propos de problèmes de ligaments et de chaussures, et il s'est
310

déclaré choqué par certaines remarques du commandant de compagnie. Devant le tribunal, il déclara qu'il s'était senti rabaissé, démoralisé et stressé. Il reconnut que les médecins civils qu'il avait consultés n'ont pu objectivement diagnostiquer aucune lésion de sa cheville. Par décision du 29 septembre 1992, la Commission de visite sanitaire de recrutement (CVSR) a déclaré O.D. apte au service, mais a préconisé qu'il soit incorporé comme ordonnance de bureau, ce qui fut accepté. La commission a estimé qu'il avait eu, lors de son école de recrues, une réaction psychique due à un manque de maturité. O.D. a déclaré qu'il donnera suite à l'ordre de marche qu'il recevra pour accomplir son école de recrues en qualité d'ordonnance de bureau au printemps 1994. O.O. n'a pas d'antécédents judiciaires; les renseignements recueillis sur son comportement dans la vie civile sont favorables, mais les renseignements militaires sont mauvais. B. Par jugement du 9 décembre 1992, le Tribunal militaire de division 2 a reconnu O.D. coupable de refus de servir au sens de l'article 81 CPM. En ce qui concerne le changement d'affectation, le tribunal a estimé que l'accusé avait "bénéficié après son refus de servir d'une concession des autorités militaires qui sont allées à sa rencontre en modifiant son incorporation pour l'encourager à accomplir ses obligations militaires dans le cadre des bureaux de l'armée, ou sa fonction civile d'employé de commerce qui permettra sans doute de s'adapter avec moins d'efforts et de difficultés". Il a encore précisé qu'une telle concession ne signifiait cependant pas que l'accusé ait été inapte au service comme carabinier au moment des faits. Tenant compte de son jeune âge et de sa fragilité psychique, le tribunal l'a condamné à 30 jours d'emprisonnement avec sursis pendant 3 ans et aux frais de la cause. Ayant interjeté appel, l'accusé a produit devant le Tribunal militaire d'appel 1 A une lettre de l'Office fédéral des affaires sanitaires de l'armée (OF SAN) dont il résulte que son aptitude au service est pleine et entière et que sa nouvelle affectation comme ordonnance de bureau ne change rien à cette constatation. Par jugement du 26 mars 1993, le Tribunal militaire d'appel 1 A, reprenant l'argumentation des premiers juges, a rejeté l'appel formé par l'accusé. C. Par lettre déposée le 30 mars 1993, O.O. a déclaré se pourvoir en cassation contre ce jugement. Il a motivé son pourvoi par un mémoire déposé dans le délai imparti. Soutenant que la décision de la CVSR du 29 septem-

bre 1992 a un effet rétroactif et qu'elle signifie qu'il n'était pas apte au service en qualité de carabinier, il estima qu'il aurait dû être acquitté en application de l'art. 81, eh. 5 CPM et que le tribunal aurait dû ordonner à tout le moins une expertise. Il conclut, avec suite de frais, à l'annulation de jugement attaqué et à son acquittement, subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour qu'elle ordonne une expertise médicale. L'Auditeur du Tribunal militaire de division 2 a conclu à ce que le pourvoi soit déclaré irrecevable ou rejeté; le Président du Tribunal militaire d'appel 1 A a conclu au rejet du pourvoi. Considérant: 2.a) Le recourant reproche au Tribunal militaire d'appel de ne pas avoir appliqué l'article 81, chiffre 5 CPM. Selon cette disposition, "l'auteur ne sera pas punissable s'il est déclaré inapte au service militaire et que l'inaptitude existait déjà lors du refus de servir". On trouve la même règle, au sujet de l'insoumission, à l'article 81a, chiffre 4 CPM. Il résulte clairement de ce texte qu'il pose deux conditions cumulatives : d'une part l'auteur doit être déclaré inapte au service militaire et d'autre part cette inaptitude

devait exister déjà lors du refus de servir. La déclaration d'inaptitude doit émaner de l'autorité compétente et elle implique une situation durable (Popp, Kommentar MStG, art. 81 a, no 39, auquel renvoie le no 49 à l'art. 81). Si l'auteur est temporairement dans l'impossibilité d'accomplir le service pour des raisons médicales, il faut raisonner avec les notions de contrainte absolue ou d'absence de volonté délictueuse, mais de telles circonstances ne ressortent pas des constatations retenues, lesquelles ne sont pas en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (art. 185, al. 1, lettre f PPM). Le moment où intervient la déclaration d'inaptitude est sans importance (ATMC G. du 17 septembre 1992, destiné à la publication). Le recourant voudrait faire une distinction entre les effets d'une décision sur l'aptitude suivant qu'elle est rendue par la commission de visite sanitaire de recrutement ou par la commission de visite sanitaire d'instruction; outre que cette distinction ne trouve aucun fondement sérieux dans les dispositions applicables, cette question est sans pertinence. Il n'est pas contesté que la CVSR qui a statué le 29 septembre 1992 était compétente pour le faire. La question à résoudre est seulement de savoir s'il y a eu une déclaration d'inaptitude, ce qui constitue la première condition cumulative pour l'application de l'article 81, chiffre 5 CPM. 312

A supposer que l'autorité compétente déclare l'inaptitude d'un accusé après la commission des faits qui lui sont reprochés, cela ne présume pas que la deuxième condition soit remplie, à savoir que l'inaptitude existait déjà au moment de la non-entrée en service (ATMC D. du 5 juin 1992). S'il y a doute à ce sujet, le juge doit, par une application analogique de l'article 11 b CPM, ordonner les éclaircissements nécessaires (ATMC G. du 17 septembre 1992). Savoir s'il y avait inaptitude au moment du refus de servir est une question de fait et le Tribunal militaire de cassation ne peut intervenir que si les constatations de l'autorité inférieure contredisent le résultat de l'administration des preuves (ATMC D. du 5 juin 1992). b) En l'espèce, le recourant a été déclaré apte au service par la CVSR le

E. 17

janvier 1991. Réexaminant la question, la CVSR l'a également déclaré apte au service par sa décision du 29 septembre 1992, constatant d'ailleurs que la première décision était justifiée. A aucun moment l'autorité sanitaire compétente n'a déclaré le recourant inapte au service, c'est-à-dire incapable durablement d'accomplir ses obligations militaires. Ainsi, la première condition cumulative prévue par l'article 81, chiffre 5 CPM n'est pas réalisée, ce qui exclut d'emblée l'application de cette disposition. e) Le recourant parle d'une inaptitude différenciée, en faisant valoir que la CVSR a préconisé, pour des raisons médicales, son incorporation en qualité d'ordonnance de bureau. Il ne faut cependant pas confondre la question de l'aptitude, qu'il s'agit de vérifier au point de vue médical, à effectuer le service militaire et celle de l'incorporation dans une arme déterminée et de l'affectation à une certaine fonction, qui tient compte des besoins de l'armée et des aptitudes de l'intéressé. En l'espèce, l'autorité sanitaire compétente a constaté que le recourant, de manière constante, était apte au service militaire; la lettre de l'OFSAN exclut tout doute à ce sujet. On peut certes imaginer des cas où l'intéressé serait durablement inapte, du point de vue médical, à certaines activités militaires, mais pas à d'autres (cf. Popp, op. cit., art. 81a no 39). Cette hypothèse a cependant été clairement écartée par l'autorité inférieure. Il s'agit-là d'une constatation de fait qui lie le Tribunal militaire de cassation, puisque l'on ne saurait dire qu'elle se trouve en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (art. 85, al. 1 lettre f PPM). En effet, on ne trouve nulle part dans le dossier de la CVSR la moindre indication que le recourant aurait été inapte au service en qualité de carabinier, c'est-à-dire médicalement

incapable, de manière durable, d'exercer une telle activité. Certes, le changement d'affectation montre que la première incorporation n'avait pas été opportune. On en déduit que le recourant a éprouvé des difficultés psychiques à accomplir son devoir. Le tribunal, de division a ex- 313

pressément pris en compte cet élément en considérant qu'il diminuait la faute et devait conduire à une réduction de la peine. Cette manière de voir ne viole en rien le droit fédéral. d) Comme il n'a jamais été constaté par l'autorité compétente que le recourant serait inapte au service militaire ou qu'il serait inapte (durablement et pour une raison médicale) au service en qualité de carabinier (même. si cette incorporation n'est pas opportune), la première condition cumulative posée par l'article 81, chiffre 5 CPM n'est pas réalisée et l'autorité inférieure n'a pas violé la loi pénale en n'appliquant pas cette disposition. · 3. Le recourant reproche au Tribunal militaire d'appel une violation de l'article 11 b CPM, applicable par analogie, pour n'avoir pas ordonné une expertise sur la question de savoir s'il était déjà inapte au moment du refus de servir. Le recourant ne peut cependant faire valoir la violation d'une disposition essentielle de la procédure (art. 18, al. 1, lettre e PPM, applicable s'agissant d'une prétendue violation de l'article 11 b CPM qui pose une règle de procédure, cf. ATMC G. du 17.9.1992, cons. 5 et 6c) que si, au cours des débats, il a pris des conclusions à cet égard ou signalé l'irrégularité (art. 185, al. 2 PPM). En l'espèce, le recourant a expressément renoncé, lors des débats devant le Tribunal militaire d'appel, à cette expertise psychiatrique, comme cela ressort du procès-verbal de l'audience. Dès lors, faute d'avoir amené l'autorité inférieure à statuer par des conclusions prises en temps utile et maintenues au moment décisif, le recourant n'est pas recevable à soulever ce grief. (3 décembre 1993, D. e. TMA 1A) 72. Leichter Fali beim Entscheid über den Widerruf des bedingten Strafvollzugs; keine dem leichten Fali entgegenstehenden schuld- erheblichen Tatumstände bei blosser Verurteilung wegen Verübung von Straftaten im Zustand selbstverschuldeter Zurechnungs- unfähigkeit { Art. 32 Ziff. 3 Abs. 1 und 2 sowie Art. 80 Ziff. 2 MStG) Leichter Fali als Voraussetzung dafür, dass eine bedingt aufgeschobene Strafe bei erneuter Delinquenz nicht vollzogen wird. Wer einzig wegen Verübung von Straftaten im Zustand selbst- verschuldeter Zurechnungsunfähigkeit verurteilt wird, hat die in diesem Zustand begangenen Straftaten nicht schuldhaft verübt. Aus 314

diesen Straftaten können keine schuld erheblichen Tatumstände abgeleitet werden, die einem leichten Fali im Sinn von Art. 32 Ziff. 3 Abs. 2 MStG entgegenstehen. Cas de peu de gravité dans le cadre de la révocation du sursis; pas de circonstances de culpabilité excluant le cas de peu de gravité lorsque l'auteur n'a commis des infractions qu'en état d'irresponsabilité causée par sa faute (art. 32, chiffre 3, al. 1 et 2 CPM et art 80, chiffre 2 CPM) - Afin qu'une peine assortie du sursis ne doive pas être exécutée en cas de commission de nouvelles infractions, il faut qu'il s'agisse d'un cas de peu de gravité. Celui qui est condamné exclusivement pour des infractions commises en état d'irresponsabilité causée par sa faute, n'a pas commis ces infractions avec conscience et volonté, de telle sorte qu'il n'en résulte pas de circonstances de culpabilité excluant le cas de peu de gravité au sens de l'art. 32, chiffre 3, al. 2 CPM. Caso di lieve gravità per la decisione di revoca de/la sospensione condizionale de/la pena; nessuna circostanza che escluda il caso di lieve gravità quando l'autore ha commesso so/o de/le infrazioni in stato di irresponsabilità per un proprio errore (art. 32 cfr. 3 cpv. 1 e 2 CPM e art. 80 cfr. 2 CPM) La condizione affinché una pena sospesa condizionalmente non debba essere eseguita, in caso di nuova infrazione, è che si tratti di un caso di lieve gravità. Chi viene condannato unicamente per delle infrazioni commesse in

stato di irresponsabilità a causa di un proprio errore, non commette queste infrazioni intenzionalmente. Da questi reati non risultano circostanze di colpevolezza che escludono il caso di lieve gravità ai sensi dell'art. 32 cfr. 3 cpv. 2 CPM. Aus den Erwägungen: 1. Das Militärappellationsgericht 28 hat den Widerruf des bedingten Strafvollzugs damit begründet, die neue, vom Beschwerdeführer während der Probezeit begangene Straftat könne aus zwei Gründen nicht als leichter Fall im Sinne von Art. 32 Ziff. 3 MStG qualifiziert werden: Einerseits bestehe ein enger Sachzusammenhang zwischen der neuen Tat vom 15. April 1992 und den früheren Tathandlungen vom 21. Juni 1991, weil der Beschwerdeführer, ungeachtet der unterschiedlichen rechtlichen Qualifikation, beide Male auf gleichem oder ähnlichem Gebiet straffällig geworden sei. Andererseits sei die ausgefallte Gefängnisstrafe von zwei Monaten gemessen an der in Art. 80 Ziff. 2 MStG angedrohten

Höchststrafe von sechs Monaten Gefängnis verhältnismässig massiv ausgefallen. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des materiellen Strafrechts (Art. 185 lit. d MStP). Er wirft der Vorinstanz vor, den Begriff des leichten Falls verkannt und damit Art. 32 Ziff. 3 MStG verletzt zu haben. 2. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, wird der bedingte Strafvollzug grundsätzlich widerrufen (Art. 32 Ziff. 3 Abs. 1 MStG). Von einem Widerruf kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn trotz der erneuten Straffälligkeit Aussicht auf Bewährung besteht und es sich bei der neuen Straftat überdies um einen leichten Fall handelt (Art. 32 Ziff. 3 Abs. 2 MStG). Der "leichte Fall" im Sinne von Art. 32 Ziff. 3 Abs. 2 MStG ist nicht den "leichten Fällen" gleichzusetzen, die das Militärstrafgesetz im Besonderen Teil bei verschiedenen Straftatbeständen aufführt und die bloss disziplinarische Bestrafung zur Folge haben. Er entspricht vielmehr dem "leichten Fall" in Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB (MKGE 10 Nr. 100). Der Begriff wurde vom Militärkassationsgericht und vom Bundesgericht früher gleichgelegt. Nach dieser Rechtsprechung kam es nicht allein auf die Art und Dauer der ausgesprochenen Strafe an, sondern auf die Gesamtheit der schuldrelevanten Tatumstände; es waren alle objektiven und subjektiven Tatumstände zu berücksichtigen, und es war zu prüfen, ob der neuen Tat ein leichtes oder nicht mehr leicht zu nehmendes Verschulden zugrunde lag und ob allenfalls aussergewöhnliche Umstände in Betracht fielen (s. MKGE vom 17. Februar 1984 i.S. G., BGE 102 IV 232). Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung seither geändert und nimmt nunmehr bei Freiheitsstrafen bis zu drei Monaten in der Regel einen leichten Fall an (BGE 117 IV 97 ff.), wobei es allerdings die Grenze von drei Monaten nicht als starre Regel betrachtet, sondern unter bestimmten Umständen auch bei einer höheren Strafe die Annahme eines leichten Falles zulässt (BGE 117 IV 102 f.). Das Divisionsgericht 3 hat den Beschwerdeführer wegen Verübung einer Straftat in selbstverschuldeter Zurechnungsunfähigkeit im Sinne von Art. 80 Ziff. 2 MStG verurteilt. Diese Strafnorm entspricht der Bestimmung des Art. 263 StGB (MKGE 9 Nr. 91 Erw. 2). Sie ist mit dem Schuldprinzip kaum vereinbar; denn sowohl das in Frage stehende Trinken als auch die vom Beschwerdeführer später im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit begangene Rauschtat sind an sich straflos. Die Strafnorm bewirkt insoweit eine Erfolgshaftung und stellt in dem grundsätzlich vom Schuldprinzip beherrschten Strafrecht einen Fremdkörper dar (vgl. BGE 104 IV 254; s. auch Popp, Kommentar zum MStG, N 1 zu Art. 80, mit weiteren Hinweisen auf die Literatur). Indem das Divisionsgericht den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 80 Ziff. 2 MStG schuldig gesprochen hat, hat es gleich-

zeitig ausgeschlossen, dass er im Zeitpunkt der Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsrecht ganz oder teilweise zurechnungsfähig war und folglich schuldhaft handelte. Ebenso hat es ausgeschlossen, dass er im Zeitpunkt des Trinkens wusste oder in pflichtwidriger Weise nicht bedachte; dass er sich noch ans Steuer setzen würde.

Entsprechend entfällt auch ein schuldhaftes Verhalten im Sinne einer (eventual)vorsätzlichen oder fahrlässigen sog. "actio libera in causa" (vgl. BGE 117 IV 292 ff., 104 IV 254). Unter diesen Umständen kann aber von einem nicht mehr leicht zu nehmenden Verschulden des Beschwerdeführers nicht gesprochen werden. Schon aus diesem Grunde ist daher gemäss bisheriger Praxis entgegen der Auffassung der Vorinstanz ein leichter Fali im Sinne von Art. 32 Ziff. 3 Abs. 2 MStG zu bejahen. Verhält es sich so, so erübrigt es sich im vorliegenden Fali, auf die erwähnte neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts weiter einzugehen. (3. Dezember 1993, H. e. MAG 28) 73. Obligation de rendre vraisemblable le conflit de conscience (art. 81 eh. 2 al. 1 CPM, selon la novelle du 5.10.1990) Le conflit de conscience ne se présume pas; celui qui refuse le service doit au contraire le rendre vraisemblable. Distinction entre la preuve et la vraisemblance. Pour qu'un conflit de conscience apparaisse comme vraisemblable, il faut que les valeurs éthiques fondamentales invoquées exercent une influence visible sur le mode d'existence de l'auteur, qu'elles se manifestent dans son comportement concret et qu'elles se traduisent par des actes dans sa vie quotidienne. Dans le cas particulier: absence de valeurs éthiques fondamentales et de conflit de conscience. Glaubhaftmachen des Gewissenskonflikts (Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 MStG, Fassung vom 5.10.1990) Der Gewissenskonflikt wird nicht vermutet, sondern ist vom Dienstverweigerer glaubhaft zu machen. Abgrenzung zwischen Beweisen und Glaubhaftmachen. Damit ein Gewissenskonflikt glaubhaft erscheint, müssen die angerufenen ethischen Grundwerte das Leben des Täters sichtbar beeinflussen, sich in konkreten Handlungen äussern und sich im Alltag des Täters widerspiegeln. Im vorliegenden Fali: sowohl ethische Grundwerte als auch Gewissenskonflikt verneint. 317

Onere di rendere verosimile il conflitto di coscienza (art. 81 cfr. 2 cpv. 1 CPM, versione del 5.10.1990) Il conflitto di coscienza non viene presunto; incombe invece a chi rifiuta il servizio renderlo verosimile. Distinzione fra la prova e la verosimiglianza. Affinché un conflitto di coscienza appaia verosimile, è necessario che i valori etici fondamentali invocati influenzino visibilmente la condotta di vita dell'autore, si manifestino tramite azioni concrete e si rispecchino nella sua quotidianità. Nel caso di specie: negati sia i valori etici fondamentali che il conflitto di coscienza. Résumé des faits: Les faits de la cause peuvent être résumés ainsi : A. Régulièrement convoqué à l'ER inf mont 210/92, S.R. est entré en service le 13 juillet 1992 en refusant d'emblée de l'accomplir. Par jugement du 4 mars 1993, le Tribunal militaire de division 10A a condamné S.R. à la peine de sept mois d'emprisonnement pour refus de servir (art. 81, eh. 1 CPM), ainsi qu'aux frais de la cause. B. Sur appels interjetés tant par l'accusé que l'auditeur, le Tribunal militaire d'appel 1 A a confirmé le jugement de première instance en date du 14 mai 1993, reconnaissant S.R. coupable de refus de servir au sens de l'article 81, chiffre 1 CPM, et le condamnant à la peine de sept mois d'emprisonnement, à l'exclusion de l'armée en conformité de l'article 36 CPM, ainsi qu'aux frais de première instance et d'appel. C. Le Tribunal militaire d'appel 1A a constaté notamment les faits suivants: a) Parmi les raisons qui ont été avancées par S.R. dans une lettre du 13 octobre 1990 pour expliquer son refus de se présenter à l'examen d'aptitude lors du recrutement, la première avait trait aux études universitaires qu'il venait d'entreprendre et qu'un ordre de marche aurait interrompues; la seconde raison tenait aux faits que l'armée était contre sa philosophie de vie et qu'ayant beaucoup d'amis qui ne sont

pas suisses, l'idée d'apprendre à les tuer le rendait malade. Il ajoutait que "l'armée suisse ne sert à rien. Elle n'est pas offensive et pour ce qu'il y a de défensif, une belle attaque nucléaire pourrait tout arranger." Il exprimait encore l'opinion que "la récente politique européenne a prouvé qu'une politique de rapprochement est en cours, ce qui rend l'armée inutile." S.R. déclarait aussi vouloir aider son pays en accomplissant des services sociaux et posséder quelque expérience dans ce domaine. b) Dans une lettre du 10 juillet 1992, S.R. a repris et développé cette argumentation en exposant que la non-violence était une constante de sa vie 318

et que l'accomplissement du service militaire le détournerait de cette voie et lui ferait perdre son temps. S.R. prétend que sa décision a été prise en 1990, après son retour en Argentine ou il avait passé quelques années antérieurement. A cette occasion, certains faits lui ont été rapportés au sujet des méthodes du régime militaire qui a gouverné le pays et il en aurait été effrayé. S'il n'ignore pas qu'il a des devoirs à l'égard de son pays, ce n'est pas, dit-il, "en courant à travers les bois avec un fusil qu'il s'en acquittera". Dans cette même lettre, S.R. répétait avoir mis en pratique ses opinions dans le cadre d'un service social au Canada en donnant des leçons de natation et de plongée à des adultes mentalement ou physiquement handicapés. Il avait fait ses offres de collaboration bénévole à des institutions sociales dès son retour en Suisse, mais sans succès. e) Entendu par le juge d'instruction, S.R. a confirmé ses explications écrites et sa décision de refuser de servir, ajoutant qu'en catholique pratiquant, il avait vécu une expérience de fraternité universelle durant deux ans au Collège du Monde-Uni au Canada. Formé comme pompier auxiliaire, il s'est dit prêt à accomplir un travail d'intérêt général. d) Lors de l'audience d'appel, tout comme devant les premiers juges, S.R. a persisté dans son refus de servir et dans ses précédentes déclarations et précisant que s'il avait eu l'intention de s'engager dans une oeuvre concrète auprès d'une institution pour handicapés, sa démarche n'avait pas abouti parce que son action sociale, en raison de ses études universitaires, ne pouvait se limiter qu'à une ou deux heures par semaine. Membre d'une paroisse catholique à Zurich, il assiste parfois aux offices religieux. S.R. a encore ajouté : "L'armée pousse à un sentiment de mouton qui pousse à suivre le groupe. Si je ne suis pas d'accord avec mes chefs civils, je peux le dire. Pas à l'armée. On ne peut discuter les ordres à l'armée. Je préfère un service civil. Là, je serai d'accord avec les ordres. (...) On peut protéger un pays sans avoir d'armée quand tout le peuple est ensemble. Il faut songer pour que la violence ne soit pas la réponse à donner. L'attaquant va se lasser si l'attaqué ne réagit pas." D. Examinant si les conditions d'application de l'article 81 chiffre 2 CPM sont réalisées, le Tribunal militaire d'appel 1 A a constaté que lors des audiences de l'instruction principale, S.R. s'en est tenu à des prises de position où se mêlent tant des principes relevant de la non-violence que des appréciations négatives envers l'armée et que les propos de l'accusé sur la non-violence relevaient de la théorie sans procéder de convictions profondes et racinées dans des valeurs éthiques fondamentales. Le Tribunal militaire d'appel 1 A a constaté aussi que si l'accusé invoque diverses notions à caractère pacifique ou religieux, il ne peut justifier son comportement que 319

par une vision négative et stéréotypée de ses devoirs de citoyen apte à servir sous l'uniforme et que ses critiques sur l'institution du service militaire relèvent d'un jugement de valeur fondé sur une conception politique personnelle. Quant à sa foi religieuse, elle ne saurait être mise en doute, mais le tribunal constate qu'elle s'exprime avec une certaine tiédeur. Le Tribunal militaire d'appel 1 A a de plus acquis la conviction, au cours des débats que S.R. ne s'est pas engagé en faveur d'autrui d'une manière qui sorte de l'ordinaire ni n'a déployé

d'efforts pour promouvoir les valeurs éthiques dont il se réclame : il s'est en effet borné à faire état de ses projets d'aide au prochain dont l'absence de réalisation ne l'a apparemment pas ébranlé. Selon l'appréciation du Tribunal militaire d'appel 1A, S.R. n'a donc pas rendu vraisemblable que le service militaire serait inconciliable avec les exigences de sa conscience. E. S.R. a déposé un pourvoi en cassation le 19 mai 1993 qu'il a motivé dans son mémoire du 15 septembre 1993. Il conclut à l'annulation du jugement rendu par le Tribunal militaire d'appel 1 A le 14 mai 1993 et au renvoi de la cause à ce même tribunal pour un nouveau jugement admettant l'application de l'article 81 eh. 2 CPM. L'auditeur et le président du Tribunal militaire d'appel 1 A ont conclu au rejet du pourvoi. Considérant: 1.a) La voie de la cassation est ouverte contre un jugement rendu par un Tribunal militaire d'appel (art. 184, al. 1, lettre a PPM). Annoncé en temps utile et dans la forme prescrite, le pourvoi qui a été motivé dans les vingt jours après sa notification est recevable (art. 186, al. 2 et 187, al. 1 PPM). • 1 b) Les motifs de cassation sont énoncés à l'article 185, alinéa 1 PPM. Le recourant invoque une violation de la foi pénale (art. 185, al. 1, lettre d PPM) en ce sens que l'autorité inférieure aurait dû appliquer l'article 81, chiffre 2 CPM en le mettant au bénéfice du statut d'objecteur de conscience au lieu de le condamner comme réfractaire (art. 81, eh. 1 CPM). Il soutient notamment qu'en l'absence d'éléments démontrant le contraire, il faut présumer l'existence du conflit de conscience qui résulte de la volonté qu'il a manifestée d'accomplir un travail d'intérêt général plus long que le service militaire. 320

Le Tribunal militaire de cassation n'examine que les conclusions prises, mais, s'agissant des motifs invoqués, il n'est pas lié par les moyens soulevés dans le pourvoi (art 189, al. 2 et 4 PPM). 2. Selon l'article 81, chiffre 2 CPM, l'auteur d'un refus de servir qui rend vraisemblable, en se basant sur des valeurs éthiques fondamentales, qu'il ne peut concilier le service militaire avec les exigences de sa conscience, sera reconnu coupable par le juge, mais astreint à un travail d'intérêt général. Le conflit de conscience ne se présume pas. C'est à celui qui s'est rendu coupable de refus de servir qu'incombe le fardeau de rendre vraisemblable, en se basant sur des valeurs éthiques fondamentales, qu'il ne peut concilier le service militaire avec les exigences de sa conscience (cf. FF 198711, p.1339, eh. 211 et 1341, eh. 213.1). 3.a) Pour que le bénéficiaire du privilège de l'article 81, chiffre 2 CPM soit octroyé, il faut que les motifs de conscience invoqués reposent sur des valeurs éthiques fondamentales que le juge devra constater. Ce n'est que lorsque ce sont bien ces motifs d'ordre éthique qui ont conduit de manière prépondérante l'auteur dans la situation sans issue ou il prétend se trouver que cette disposition doit être appliquée (ATMC n. du 20 mars 1992; G. du 5 juin 1992 et l. du 3 décembre 1992). Une simple adhésion à un courant d'idées, religieux, philosophique ou politique, même inspiré par des sentiments humanitaires élevés, est insuffisante. Les constatations qui guident le juge dans son appréciation de l'existence concrète de valeurs éthiques fondamentales sont des questions de fait. Le tribunal apprécie librement les preuves d'après la conviction qu'il a acquise au cours des débats (art. 146 al. 1 PPM), de sorte que la cassation ne peut être prononcée que si des constatations de fait essentielles du jugement sont insoutenables, parce que manifestement contraires à l'administration des preuves (art. 185, alinéa 1, lettre f PPM). • Le Tribunal militaire d'appel n'a pas outrepassé son pouvoir d'appréciation en constatant, d'une part, que la foi religieuse de l'accusé, quoique sincère, s'exprimait avec une certaine timidité, et d'autre part, que ses convictions morales, diffuses et teintées de considérations pacifistes relevaient de la théorie, et non pas de convictions profondément enracinées dans des valeurs éthiques fondamentales. b) L'examen du juge devra porter en outre sur la vraisemblance d'un conflit de conscience, soit sur l'existence d'un lien de causalité entre les

impéria- tifs de la conscience et le refus de servir. 321

Alors que la preuve suppose que l'autorité chargée de l'application de la loi soit convaincue de la réalité d'un fait, soit d'un événement passé ou d'une situation présente, la vraisemblance implique seulement que la probabilité de la survenance d'un fait soit démontrée (cf. Niklaus Schmid, *Straf- prozessrecht*, Zurich 1993, no 593; ainsi qu'en matière de procédure civile: Walther J. Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichts- organisationsrecht*, 2ème éd., Bâle 1990, no 635; Oscar Vogel, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 3ème éd., Berne 1992, p. 226, no 26; ATF 116 11 363 et 88 1 14). Pour qu'un fait soit vraisemblable, il suffit que le juge tienne sa survenance pour probable, même s'il ne peut exclure que cet événe- ment ne se réalise pas (cf. W. J. Habscheid, opus cité, no 635). Contraire- ment à l'ancien droit, l'article 81, chiffre 2 CPM n'exige que la vraisem- blance de l'existence d'un conflit de conscience. Le législateur a donc re- noncé à ce que la preuve strrcte d'un tel fait soit rapportée. La décision dictée par la conscience est un jugement de valeur de carac- tère contraignant qui impose à l'auteur le devoir d'agir ou de ne pas agir. Elle est le résultat d'une démarche éminemment personnelle et profonde. La personne qui se trouve dan s la . situation d~ prendre un e décision fon- dée sur sa conscience n'est pas libre dans son choix. L'objection de cons- cience se distingue du refus de servir fondé sur des principes éthiques abstraits ou des professions de foi apprises. Une décision fondée sur une appréciation résultant de l'application du· critère servant à distinguer ce qui est faux de ce qui est correct aux yeux de son auteur ne saurait caractéri- ser le dilemme qui rend le service militaire. incompatible avec les exigences de sa conscience (ATMC T. du 20 mars 1992 et arrêts cités). La notion et les conditions auxquelles la vraisemblance d'un fait peut être ~dmise sont des questions de droit. Dans le cadre de la procédure de cas- sation, i l tau t don e examiner si le juge des faits s'est laissé guider dan s son appréciation de la vraisemblance du conflit de conscience par les principes généraux du droit fédéral. 11 appartient donc au Tribunal militaire de cassa- tion d'apprécier la portée des indices qui ont conduit l'instance inférieure à l'admission ou l'exclusion d'un conflit de conscience. Ces indices résultent principalement du comportement de l'accusé. · En effet, le lien de causalité entre les impératifs de la conscience et le refus de servir suppose un attachement profond aux valeurs éthiques fondamen- tales visées par la loi qui se traduit généralement dans des actes tangibles par un engagement personnel et durable. Si la sincérité et la fermeté des convictions ne peuvent être prouvées, elle peuvent être cependant rendues vraisemblables par des actes concrets qui se manifestent dans le comporteheht ordinaire de l'auteur. Les principes éthiques fondamentaux auxquels l'auteur ~prétend se référer doivent exer- cer une influence visible sur son mode d'existence et l'importance qu'ils re- 322

vêtent pour lui sera d'autant mieux démontrée qu'il les mettra en œuvre dans les gestes de la vie quotidienne~ Le Tribunal militaire d'appel a constaté que l'accusé n'avait pas man'ifesté concrètement par des actes sa volonté de promouvoir les valeurs éthiques dont il se réclame. Les critiques de S.R. sur le rôle et le fonctionnement de l'armée cachent au contraire des mobiles égo"istes et de convenance per- sonnelle, liés au refus de l'obéissance qu'implique la discipline et aux per- turbations dans le déroulement des études que cause l'accomplissement du service militaire. · · Au vu des éléments du dossier et des faits rapportés au cours des débats, le Tribunal militaire d'appel n'est pas tombé dans l'arbitraire et n'a donc pas violé la loi pénale au sens de l'article 185, alinéa 1, lettre d PPM en consi- j dérant que l'accusé n'a pas rendu vraisemblable que son refus de servir re- levait d'un

dilemme insoluble entre l'obéissance à des impératifs moraux élevés, qui se seraient imposés à lui d'une manière contraignante, et la nécessité de se soumettre aux devoirs civiques incombant en vertu de la constitution fédérale à tout citoyen apte au service militaire. L'arbitraire ne saurait d'ailleurs résulter du seul fait que l'instance de cassation aurait pu rendre une décision différente de celle du juge des faits (cf. ATF 118 la 30, e. 1b; Von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2^{ème} éd., Zurich 1986, p. 28) 4. Le pourvoi doit être rejeté et les frais de procédure seront mis à la charge du recourant qui succombe (art. 193, al. 1 PPM): (21 mars 1994, R. e. TMA 1A) 74. Bereits unter altem Recht bestehender Gewissenskonflikt, der jedoch erst unter neuem Recht zur Dienstverweigerung führt (Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 M,StG, Fassung vom 5.10.1990) Eine Dienstverweigerung beurteilt sich auch dann nach neuem Recht, wenn der ihr zugrunde liegende Gewissenskonflikt bereits unter altem Recht bestand. Echter Gewissenskonflikt eines Arztes, der in stetem Ringen zwischen rechtsstaatlicher und persönlicher ethischer Überzeugung unter altem Recht Militärdienst geleistet hat, jetzt aber, nach differenzierter Einschätzung der Dienstverweigerung aus Gewissensgründen durch das neue Recht, seiner persönlichen ethischen Überzeugung von Gewaltlosigkeit den Vorrang einräumt. 323

Bereitschaft zur Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse als Bereitschaft zum Tatbeweis. Conflit de conscience existant déjà lorsque l'ancien droit était applicable, mais n'ayant entraîné un refus de servir qu'après l'entrée en vigueur du nouveau droit (art. 81 eh. 2 al. 1 CPM, selon la nouvelle du 5.10.1990) Le nouveau droit s'applique également lorsque le refus de servir est fondé sur un conflit de conscience qui existait déjà alors que l'ancien droit était en vigueur. Véritable conflit de conscience chez un médecin ayant accompli son service militaire sous l'empire de l'ancien droit, en sentant en lui-même une opposition constante entre des convictions contradictoires - les exigences qui s'imposent au citoyen, d'une part, et des motifs éthiques personnels, d'autre part - et qui, depuis que le nouveau droit apprécie différemment le refus de servir pour des motifs de conscience, décide d'accorder une valeur prépondérante à ses convictions éthiques personnelles en faveur de la non-violence. Celui qui est prêt à accomplir un travail d'intérêt général est prêt à apporter une preuve par l'acte. 1 Conflitto di coscienza già esistente sotto l'egida del vecchio diritto, ma che solo dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto conduce ad un rifiuto del servizio (art. 81 cfr. 2 cpv. 1 CPM, versione del 5.10.1990) 11 nuovo diritto si applica anche ad un rifiuto del servizio fondato su un conflitto di coscienza già esistente sotto l'egida del vecchio diritto. Reale conflitto di coscienza di un medico che, in costante conflitto fra la sua idea di stato di diritto da un lato e convinzioni di carattere etico-personale dall'altro, quando era in vigore la vecchia norma aveva prestato servizio, mentre ora, ritenuto che la novella legislativa valuta in maniera più differenziata il rifiuto del servizio per motivi etici, decide di accordare la precedenza alla propria convinzione etica della non-violenza. La disponibilità a prestare un lavoro di pubblico interesse vale come disponibilità ad apportare la prova dell'atto. Aus dem Sachverhalt: A. Das Eidgenössische Militärdepartement ordnete mit Untersuchungs-befehl vom 23. Dezember 1992 eine Voruntersuchung gegen den Angeklagten an, da dieser nicht in den WK 1992 (31.10. bis 20.11.1992) eingerückt war. Er hatte bereits zuvor am 29. September 1992 seinem Kommandanten schriftlich mitgeteilt, dass er in Zukunft den Militärdienst verweigern werde und nicht mit seinem Erscheinen am 31. Oktober 1992 gerechnet werden könne. 324

B. Das Div Ger 12 sprach M.K. mit Urteil vom 23. Juni 1993 der Dienstverweigerung nach Art. 81 Ziff. 1 MStG schuldig und verurteilte ihn zu zwei Monaten Gefängnis; im weitem wurde der Angeklagte gestützt auf Art. 36 Abs. 2 MStG aus der Armee ausgeschlossen, und es wurden ihm die Verfahrenskosten auferlegt. Auf Appellation des Angeklagten hin änderte das MAG 2A mit Urteil vom 11. Oktober 1993 den ,erstinstanzlichen Schuldspruch auf Dienstverweigerung i.S. von Art. 81 Ziff. 2 MStG ab und verpflichtete ihn zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse mit einer Dauer von einhundertzwanzig Tagen. M.K. wurde gestützt auf Art. 81 Ziff. 2 Abs. 4 MStG aus der Armee ausgeschlossen; die .Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden dem Verurteilten auferlegt, während die Kosten des Appellationsverfahrens auf die Bundeskasse genommen wurden. Zur Begründung führte das MAG 2A im wesentlichen aus, aufgrund des Gesamtbildes sei davon auszugehen, dass für M.K. schon vor der Gesetzesänderung die Dienstleistung mit einem inneren Konflikt verbunden gewesen sei, der auch für andere spürbar gewesen sei. Auch wenn man seinen idealistischen Vorstellungen von Gewaltlosigkeit nicht zu folgen vermöge, werde aus seinem Engagement doch deutlich, dass er von diesen durchdrungen sei und an sie glaube. Er scheue die Mühsal und die Entbehrungen des Militärdienstes nicht und hinterlasse in keiner Weise den Eindruck eines Opportunisten. Die Bedeutung der Gefährdung seiner beruflichen Stellung durch eine Vorstrafe habe er der Vorinstanz offenbar nicht ohne Missverständnisse vermitteln können. Es gehe ihm dabei nämlich nicht um Karriere und Einkommen; vielmehr gehöre sein Beruf als Arzt in dem Sinn zu seinem Lebensinhalt, als er ihn aus einer bewusst ethischen Grundhaltung heraus gewählt habe und ausüben wolle. Dass der Angeklagte den Militärdienst erst unter der neuen Regelung von Art. 81 ff. MStG verweigert habe, spreche nicht gegen ihn bzw .. gegen das Bestehen eines Gewissenskonfliktes, sondern gegenteils für M.K. und zwar in dem Sinn, dass er den Konflikt stets ernst genommen, ihn aber erst dann zu Ungunsten des Militärs gelöst habe, als er sich dabei aufgrund der veränderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen, wie sie in der Gesetzesänderung zum Ausdruck kämen, nicht mehr ausserhalb der demokratischen Gesellschaft habe ansiedeln müssen. Im Zusammenhang mit seiner Verhaltensänderung nehme er bereitwillig im Sinne eines Tatbeweises die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse auf sich. Wenn der Militärdienst für ihn weiterhin mit seinem Gewissen vereinbar wäre, würde jede sachliche Logik ihm nahelegen, seine Dienstpflicht zu vollenden. C. Mit Schreiben vom 15. Oktober 1993 meldete der Auditor die Kassationsbeschwerde an. Nachdem ihm das schriftlich begründete Urteil am 1. O. Dezember 1993 zugestellt worden war, reichte er am 20. Dezember 1993 325

die schriftliche Begründung der Kassationsbeschwerde ein. Er stellt den Antrag, das Urteil des MAG 2A vom 11. Oktober 1993 sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung führt der Auditor im wesentlichen aus, der Angeklagte habe sich erst zur Dienstverweigerung entschlossen, nachdem mit einer Gesetzesänderung die Möglichkeit geschaffen worden sei, anstelle einer Gefängnisstrafe die Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse auszusprechen. Ein Gewissenskonflikt tiege nicht vor, da der Angeklagte vor der Gesetzesänderung der staatlichen Norm (Leistung des Militärdienstes) und nach der Gesetzesreform der inneren Norm (dem eigenen Gewissen) den Vorzug gegeben habe. Diese Änderung der Haltung gehe dabei nicht etwa darauf zurück, dass die innere Norm des Angeklagten an Bedeutung zugenommen habe, sondern einzig und allein darauf, dass die Sanktion für die Missachtung der staatlichen Norm gemildert worden sei. Überspitzt formuliert laufe das Urteil des MAG

2A darauf hinaus, dass die Bereitschaft zur Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse für den privilegierten Tatbestand genüge und dass die Frage der Unvereinbarkeit des Militärdienstes mit dem Gewissen des Dienstpflichtigen nicht mehr eingehend geprüft zu werden brauche. D. Der amtliche Verteidiger des Angeklagten beantragt in seiner Vernehmlassung vom 27. Januar 1994 die kostenfällige Abweisung der Kassationsbeschwerde. Er verweist zunächst darauf, dass die vom Angeklagten eingenommene Grundhaltung der Gewaltlosigkeit nie umstritten gewesen sei; der Auditor verneine lediglich das Vorliegen eines Gewissenskonflikts. Das MAG 2A habe aber mit nachvollziehbarer - nämlich logisch wie psychologisch zutreffender - und differenzierter Begründung dargelegt, weshalb von einem Gewissenskonflikt im Sinne des Gesetzes auszugehen sei. Die Tatsache, dass der Angeklagte den letzten entscheidenden Schritt der Dienstverweigerung nicht schon vor zehn Jahren, sondern erst nach der Gesetzesänderung getan habe, beruhe auf Gründen, aus denen jedenfalls nicht abgeleitet werden könne, er habe nicht aus Gewissensnot gehandelt. Für den integren Angeklagten sei es von entscheidender Bedeutung gewesen, dass er vor der Gesetzesänderung mit der Dienstverweigerung gegen die geltende Rechtsordnung verstossen und sich strafrechtlich zu verantworten gehabt hätte. Erst die Gesetzesreform habe es ihm ermöglicht, den für ihn unhaltbaren Zustand zu entschärfen. Der Militärdienst sei für den Angeklagten seit jeher mit seinem Gewissen unvereinbar gewesen. Mit seiner inneren Überzeugung sei es aber ebensowenig vereinbar gewesen, gegen die geltende Rechtsordnung zu verstossen und eine seinen ethischen Ansprüchen in besonderem Masse entsprechende Berufstätigkeit zu gefährden. 326

Aus den Erwägungen: 1. Das Urteil des MAG 2A ist den Parteien am 11. Oktober 1993 mündlich eröffnet und in motivierter Ausfertigung am 9. Dezember 1993 (Eingang 10.12.1993) zugestellt worden. Mit der Anmeldung der Kassationsbeschwerde vom 15. Oktober 1993 und der schriftlichen Begründung vom

E. 20

Dezember 1993 sind die Fristen gemäss Art. 186 f. MStP gewahrt. Auf die Kassationsbeschwerde ist somit einzutreten. 2. Ein Urteil ist unter anderem zu kassieren, wenn wesentliche tatsächliche Feststellungen dem Ergebnis des Beweisverfahrens widersprechen (Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP). Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz gehe implizit davon aus, dass die weitere Ausübung des Arztberufes für M.K. gefährdet gewesen wäre, wenn er nach altem Recht wegen Dienstverweigerung mit Gefängnis oder Haft bestraft worden wäre. Das MAG 2A hätte sich aber nicht mit einer blossen Annahme begnügen dürfen, sondern hätte dazu Beweis erheben müssen. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Die Vorinstanz hat zur Begründung des Gewissenskonflikts nicht allein auf die Berufstätigkeit des Angeklagten als Arzt abgestellt. Sie hat sich vielmehr umfassend mit seiner persönlichen Haltung und Einstellung zum Leben und seinen Aussagen auseinandergesetzt und gestützt darauf u.a. auch den selbst vom Auditor nicht beanstandeten Schluss gezogen, dass der Beruf des Arztes in dem Sinn zum Lebensinhalt des Angeklagten gehöre, als er ihn aus seiner ethischen Grundhaltung heraus gewählt habe und ausüben wolle. Der Arztberuf sei also wichtige Voraussetzung für den Angeklagten, um ihm eine nach seinen ethischen Wertvorstellungen positive Lebensgestaltung zu ermöglichen, und soll aus diesem Grund nicht -aufs Spiel gesetzt werden. Der Auditor setzt sich im übrigen nicht damit auseinander, auf welche Weise der von ihm verlangte Beweis hätte geführt werden können. Er nennt weder konkrete

Beweismittel noch gibt er irgendwelche Anhaltspunkte, in welche Richtung die geforderte Beweisabnahme zu gehen hätte. Andererseits ist aber gerichtsnotorisch und offenkundig, dass jede Vorstrafe - insbesondere bei Angehörigen akademischer Berufe - tendenziell geeignet ist, die weitere Berufsausübung zu gefährden oder zumindest zu erschweren. Ob damit gleich der Entzug der Berufszulassung verbunden ist oder daraus "lediglich" faktische Schwierigkeiten im Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten oder bei einer allfälligen Stellenbewerbung entstehen können, erscheint dabei unbeachtlich. Vor allem bleibt aber auch zu beachten, dass die Vorinstanz die Gefährdung der weiteren Berufsausübung bei einer Dienstverweigerung unter altem Recht lediglich als einen Beweggrund unter mehreren im Zusammenhang mit dem Gewissenskonflikt gewichtet hat. Sie hat weder das 327

ausschliessliche noch das entscheidende Gewicht darauf gelegt, sondern sorgfältig das gesamte Verhalten des Angeklagten gewürdigt und aus der Gesamtheit der Umstände den Schluss gezogen, dass der Angeklagte in keiner Weise den Eindruck eines Opportunisten erwecke. Tatsächlich kommt es im Hinblick auf den massgeblichen Gewissenskonflikt letztlich nicht allein auf die tatsächliche objektive Gefährdung der weiteren Berufsausübung an, sondern auf die Gesamteinschätzung der LebensEinstellung des Angeklagten. Daraus folgt, dass der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP nicht erfüllt ist. 3. Ein Urteil ist auch zu kassieren, wenn es das Strafgesetz verletzt (Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP). Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung von Art. 81 Ziff. 2 MStG geltend. Sinngemäss weist er darauf hin, dass dem Angeklagten eine ethische Motivation zwar nicht abgesprochen werden könne. Diese habe aber nicht zu einem Gewissenskonflikt geführt; vielmehr habe er sich nach erfolgter Gesetzesänderung aus rein opportunistischen Gründen zur Dienstverweigerung entschlossen. a) Legt der Täter unter Berufung auf ethische Grundwerte glaubhaft dar, dass er den Militärdienst mit seinem Gewissen nicht vereinbaren kann, so spricht ihn der Richter schuldig und verpflichtet ihn zu einer Arbeitsleistung, die im öffentlichen Interesse liegt (Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 MStG). aa) Für den privilegierten Tatbestand wird zunächst vorausgesetzt, dass sich der Täter auf ethische und als solche allgemein anerkannte Grundwerte beruft. Dieses Erfordernis ist im vorliegenden Falle unbestritten erfüllt, weshalb darauf nicht näher einzutreten ist. bb) Weiter wird vorausgesetzt, dass der Täter - unter Berufung auf allgemein anerkannte ethische Grundwerte - glaubhaft darlegt, dass er den Militärdienst mit seinem Gewissen nicht vereinbaren kann. b) Der Auditor macht sinngemäss geltend, dass ein solcher Gewissenskonflikt durch den Angeklagten nicht glaubhaft gemacht worden sei.. aa) Während mit dem Beweis bei der rechtsanwendenden Behörde die Überzeugung geweckt werden soll, dass eine bestimmte Tatsache, d.h. ein Vorgang oder ein Zustand der Vergangenheit oder der Gegenwart, vorliegt, wird bei der Glaubhaftmachung nur verlangt, dass die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der fraglichen Tatsache dargetan wird (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, Zürich 1993, N. 593; ähnlich für den Zivilprozess Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, N. 635; Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A., Bern 1992, S. 226 N. 26; BGE 116 11 363, 88 I 328

14). Für das Glaubhaftmachen genügt es folglich, wenn der Richter das Vorhandensein der zu beweisenden Tatsache für wahrscheinlich hält, selbst wenn er noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (so, Habscheid, a.a.O., N. 635). Da nach Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 MStG der Gewissenskonflikt nur glaubhaft zu machen ist, hat

der Gesetzgeber - im Gegensatz zum alten Recht - auf einen strikten Nachweis eines solchen inneren Zustandes verzichtet. bb) Der Begriff der und die Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind Rechtsfragen. Im Kassationsverfahren bleibt daher zu prüfen, ob sich der Sachrichter im Zusammenhang mit dem Glaubhaftmachen des Gewissenskonflikts von der zutreffenden bundesrechtlichen Betrachtungsweise hat leiten lassen. Das Militärkassationsgericht hat daher auch darüber zu befinden, aufgrund welcher Indizien ganz allgemein auf das Vorliegen eines Gewissenskonfliktes geschlossen werden kann. · Indizien für einen Gewissenskonflikt ergeben sich vor allem aus der Lebensführung eines Angeklagten. Dabei stellt insbesondere der Tatbeweis wenn auch nicht den einzigen, so doch einen besonders wichtigen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Gewissenskonfliktes dar. cc) Wie die Vorinstanz aufgrund sorgfältiger Begründung dargelegt hat, hatte beim Angeklagten schon seit jeher ein innerer Konflikt zwischen seinem Gewissen und seiner verfassungsmässigen Pflicht zur Leistung von Militärdienst bestanden. Seine rechtsstaatliche Überzeugung hinderte ihn aber unter der Geltung des alten Rechtes daran, den Konflikt zugunsten des eigenen Gewissens zu lösen und gegen · elementare, nämlich strafrechtlich sanktionierte, staatliche Pflichten zu verstossen. Erst die zunehmend differenzierter~ Einschätzung der Militärdienstver~ weigerung aus Gewissensgründen in der Gesellschaft, die schliesslich in der Gesetzesänderung vom 5. Oktober 1990 auch ihren rechtlichen Niederschlag gefunden hatte, erlaubte es ihm, den inneren Konflikt zwischen der Grundüberzeugung der ' Gewaltlosigkeit und Erfüllung der staatsbürgerlichen Pflichten zu lösen, indem er sich für das Prinzip der ' Gewaltlosigkeit entscheiden konnte. Bei m Angeklagten bestand nicht ausschliesslich ein Konflikt zwischen staatlicher Norm und innerer Überzeugung; der Gewissenskonflikt war zudem und in erster Linie durch ein Ringen um zwei unterschiedliche inn~re Ansprüche gekennzeichnet, nämlich demjenigen nach gelebter Gewaltlosigkeit einerseits und nach Respektierung besonders wichtiger, d.h. entsprechend sanktionierter staatsbürgerlicher Pflichten andererseits. Dass beim Angeklagten tatsächlich ein Konflikt zwischen zwei unterschiedlichen inneren Grundüberzeugungen bestanden hatte, zeigt sich nicht zuletzt darin, dass für ihn zwar der rechtliche bzw. gesellschaftliche Bedeutungsgehalt der Sanktion der Dienstverweigerung (die Kriminalstrafe - ' 329

einerseits und die Arbeitsleistung andererseits), nicht aber deren Auswirkung auf sein persönliches Leben dahingehend von Bedeutung war, dass er während einer bestimmten Zeitspanne an der Berufsausübung gehindert wird. ·· Obwohl er die vom Div G er ausgefallte Gefängnisstrafe von zwei Monaten in der Form der Halbgefängenschaft hätte verbüßen können, was ihm erlaubt hätte seinem Beruf nachzugehen, hat er im Appellationsverfahren eine Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung beantragt, deren Dauer das Doppelte der ursprünglich ausgefallten Freiheitsstrafe beträgt und ihn an der Berufsausübung hindert. Damit nimmt er im Sinne eines Tatbeweises die Arbeitsleistung, die im öffentlichen Interesse liegt, auf sich. dd) Aus diesen Erwägungen~ folgt, dass die dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde gelegten Tatsachen geeignet sind, einen Gewissenskonflikt im Sinne des Gesetzes glaubhaft zu machen. e) Tatfrage sind die tatsächlichen Feststellungen, die ·im Hinblick auf das Glaubhaftmachen ·vorgonnen werden. Sie fallen in die Kompetenz des Sachrichters. Das Militärkassationsgericht kann hier nur dann eingreifen, wenn Willkür in der Beweiswürdigung vorliegt, was dann der Fall ist, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Urteilenden als geradezu unhaltbar erscheint (Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist dagegen nicht schon deshalb willkürlich, weil die Kassationsinstanz

an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. BGE 118 la 30 E 1 b; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 28). Im vorliegenden Falle fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten für eine will-ürliche Beweis-ürdigung. 4. Es ergibt sich somit, dass die Beschwerde abzuweisen und die Kosten auf die Bundeskasse zu nehmen sind. (21. März 1994, Aud. e. MAG 2A) 75. Ca/cu/ de la durée de /'astreinte au travail (art. 81 eh. 2 al. 2 CPM, se- lon la nouvelle du 5.1 0.1990) L 'accomplissement, par la personne qui refuse le service, de stages de formation professionnelle ou d'autres activités liées à l'exercice de sa profession ne justifie pas une dérogation à la règle générale appli- cable au calcul de la durée de l'astreinte au travail. 330

Bemessung. der Arbeitsleistung (Art. 81 Ziff. 2 Abs.-2 MStG, Fassung vom 5.10.1990) Einsätze, die zur Berufsausbildung oder -ausübung eines Dienst- verweigerers gehören, rechtfertigen es nicht, bei der Bemessung der Arbeitsleistung vom Regelmass abzuweichen. Calcolo della durata dellavoro (art. 81 cfr. 2 cpv. 2 CPM, versione del 5.10.1990) Impieghi, che fanno parte della formazione professionale o dell' eser- cizio della professione di una persona che rifiuta il servizio, non giu- stificano una deroga alia regola generale per il calcolo della durata dellavoro. Extrait des (aits: B. a aecompli des stages de plusieurs mois ~n vue de se former eomme éduateur pour handieapés mentaux. Après avoir fait défaut à un eours de répétition en invoquant des motifs d'ordre éthique, il fut eondamné par le Tribunal militaire d'appel compétent p~ur refus de servir (art. 81 eh. 2 CPM) et astreint à un travail d'intérêt général d'une durée de 250 jours. Une peine d'une durée d'une fois et demie supérieure à eelle du serviee militaire refusé aurait représenté 270 jours, mais le Tribunal militaire d'ap- pel a réduit cette durée de 20 jours pour tenir eompte des stages pratiques aecomplis par l'intéressé. L'Auditeur eonteste cette réduction dans un pou rvoi en eassation. Considérant : 3. 11 est constant en l'espèce que l'application de la règle prévue par l'art. 82, eh. 2, al. 2 CPM, selan laquelle la durée de l'astreinte au travail doit eorrespondre à une foi- et demie la totalité du serviee refusé, eonduit à fixer une durée de 270 jours. Le Tribunal militaire d'appel a réduit eette durée à 250 jours pour tenir eompte des stages effectués par l'aceusé au service de handicapés men- taux. L'auditeur soutient que eette réduction viole l'art. 82, eh. 2, al. 2 CPM. 11 ressort de la doctrine et de la jurisprudence citées que le juge ne peut s'éearter de la règle, en fixant une durée inférieure, qu'en présenee de eir- eonstances particulières équivalant à une preuve par l'acte. On vise ainsi une aactivité qui, d'une part, eorrespond par son contenu au travail d'intérêt général prévu par l'art. 81, eh. 2 CPM et, d'autre part, implique un saerifiée de temps et un esprit de service à la communauté eomparables à ee qui est exigé des eitoyens qui accomplissent leurs obligations militaires. Seule 331

la durée d'une telle activité peut être prise en considération en vue de ré- duire la durée de l'astreinte au travail. En l'espèce, les stages effectués, par la nature de l'activité déployée, s'ap- parentent à un travail d'intérêt général auquel un accusé pourrait ,être as- treint en application de l'art. 81, eh. 2 CPM. Cela ne peut cependant pas suffire, parce que l'on créerait sinon une inégalité injustifiable- entre les ci- toyens suivant l'objet de .leur activité profession~lle et on en viendrait à dire, par exemple, que les médecins ou les infirmiers doivent bénéficier systématiquement d'une réduction, parce que leur activité professionnelle peut être considérée comme un travail d'intérêt général. T ei ne saurait être le sens de la jurisprudence. Le travail d'intérêt général, compensant le ser- vice militaire, n'est pas laissé au libre choix de l'intéressé et il doit impliquer un sacrifice de temps etun esprit de service

comparables à ce qui est exigé des citoyens qui accomplissent leurs obligations militaires. Une activité antérieure au jugement ne peut être prise en considération pour réduire la durée de l'astreinte au travail que si elle présente les mêmes caractéristiques. Une activité professionnelle ou des études que l'intéressé mène principalement dans son intérêt personnel ne sauraient justifier une réduction. Même s'il n'est pas rémunéré, un stage effectué pour acquérir une formation professionnelle, pour développer ses connaissances dans le cadre de son métier, pour obtenir un emploi ou un avancement ne justifie pas une réduction. En l'espèce, le Tribunal militaire d'appel a perdu de vue cette exigence; il s'est fondé exclusivement sur le contenu de l'activité accomplie, sans examiner si elle intervenait ou non dans un but de reconversion professionnelle; il s'est même exprimé en fait dans un sens qui rend cette hypothèse vraisemblable. Il est vrai que le Tribunal de division s'était prononcé sur cette question, mais sans que l'on puisse discerner sur quel élément du dossier il fondait sa conviction; de toute manière il appartenait au Tribunal militaire d'appel 1 B, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, d'apprécier les preuves et d'établir les faits pertinents. Le jugement attaqué viole le droit fédéral en ce sens qu'il s'écarte de la règle générale posée par l'art. 81, ch. 2, al. 2 CPM sans motif suffisant, en faisant croire que le contenu de l'activité suffit pour une réduction, sans se préoccuper de déterminer si ces stages n'avaient pas essentiellement pour but de permettre une reconversion professionnelle dans l'intérêt personnel de l'accusé. Le pourvoi doit donc être admis, le jugement annulé et la cause renvoyée au Tribunal militaire d'appel pour qu'il statue à nouveau après "avoir déterminé, au besoin par l'administration de nouvelles preuves, si ces stages répondaient essentiellement à l'intérêt personnel de l'accusé sur le plan professionnel ou s'ils in-

tervenaient dans un esprit de sacrifice et de service, tel qu'il est décrit ci-dessus. (15 juin 1994, Aud. e. TMA 1 B) 76. Ca/cul de la durée de l'astreinte au travail (art. 81 ch. 2 al. 2 CPM, selon la nouvelle du 5.10.1990) La durée de la "totalité du service militaire. refusé" est déterminée sur la base du droit en vigueur à la date du refus de servir. Des modifications législatives ultérieures - par exemple, une diminution du nombre de jours de service liée à la réalisation du programme "Armée 95" - n'ont pas à être prises en considération à cet égard. Bemessung der Arbeitsleistung (Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG, Fassung vom 5.10.1990) Der "gesamte verweigerte Militärdienst" bestimmt sich nach dem im Zeitpunkt der Dienstverweigerung geltenden Recht. Künftige Entwicklungen, beispielsweise Verkürzungen der Dienstzeit im Rahmen des konzepts "Armee 95", bleiben dabei unberücksichtigt. Ca/co/o de/la durata de/lavoro (art. ~1 cfr. 2 cpv. 2 CPM, versione del 5.10.1990) L • "intero servizio militare rifiutato" e determinato in base al diritto in vigore al momento del rifiuto del servizio. Sviluppi futuri - ad esempio una diminuzione della durata del servizio nell'ambito del concetto di "Esercito 95" • non entrano in linea di conto. Considérant: 3. Le recourant voudrait que la durée de l'astreinte au travail soit calculée non pas d'après le droit en vigueur, mais sur la base du nombre de jours de service. Vice que les citoyens devront accomplir selon le projet "armée 95". Il est vrai que les jours de service dus ne sont normalement pas accomplis de manière ininterrompue, mais au contraire échelonnés dans le temps, de sorte que le citoyen remplit ses obligations militaires de manière fractionnée sur une période relativement longue de son existence; il est donc possible que, pendant cette période, des modifications législatives interviennent à l'effet de diminuer le nombre des jours de service exigés, voire de l'augmenter. Il n'est toutefois guère possible de se livrer à des supputations sérieuses sur les modifications législatives qui peuvent intervenir durant 333

toute la période où le citoyen devrait accomplir ses obligations militaires; il n'existe par ailleurs aucun raisonnement convaincant permettant de dire à partir de quel moment il faudrait prendre en compte des dispositions qui ne seraient pas encore en vigueur. L'art. 81, eh. 2, al. 2 CPM prévoit que la durée de l'astreinte au travail doit être calculée sur la base "de la totalité du service militaire refusé". Il faut donc se placer au moment du refus pour déterminer quel est le service militaire refusé; le refus ne peut alors s'attacher qu'au service qui était dû selon la législation en vigueur à ce moment. Autrement dit, le refus définitif rend exigible la totalité du service, en ce sens que l'on doit calculer sur cette base la durée de l'astreinte au travail, le fractionnement normal des obligations militaires ne jouant alors plus aucun rôle. La jurisprudence constante a donc admis que le service refusé se détermine d'après le droit en vigueur au moment du refus (ATMC B. du 3 décembre 1992; ATMC 11 no 54 = M. du 2 avril 1993). C'est donc à juste titre que le Tribunal militaire d'appel n'a pas tenu compte du projet "armée 95". (15 juin 1994, A. e. TMA 1 B) 77.

Bedingt vorzeitige Löscharkeit eines Busseneintrags im Zentralstrafregister (Art. 34 Ziff. 4 MStG) Bestätigung der Rechtsprechung zu Art. 32 Ziff. 1 MStG. Auch nach der Gesetzesrevision von 1990 hat der Richter bei der Beurteilung, ob die bedingt vorzeitige Löscharkeit eines Busseneintrags im Zentralstrafregister anzuordnen sei, einen allfälligen Schuldspruch wegen Dienstverweigerung oder Ausreissens aus Gewissensgründen mit in Betracht zu ziehen. Radiation ~onditionne/1€# anticipée d'une condamnation à l'amende inscrite au casier judiciaire (art. 34 eh. 4 CPM) Confirmation de la jurisprudence relative à l'art. 32 eh. 1 CPM. Le juge quJ, après la révision du code pénal militaire de 1990, examine s'il se justifie d'ordonner que la condamnation à l'amende soit, aux conditions légales, radiée de manière anticipée du casier judiciaire, doit prendre en considération un éventuel jugement par lequel le condamné aurait été reconnu coupable de refus de servir ou de désertion pour des motifs de conscience. 334

Cance/lazione condiziona/e anticipata di una multa iscritta a casel/a- rio giudiziale (art. 34 cfr. 4 CPM) Conferma della giurisprudenza relativa all'art. 32 cfr. 1 CPM. Anche dopo la revisione legislativa del 1990, il giudice chiamato a statuire se debba essere ordinata la cancellazione condizionale anticipata di una multa iscritta a casellario giudiziale deve prendere in considerazione un'eventuale condanna per rifiuto del servizio o diserzione per motivi di coscienza. · · Aus dem Sachverhalt: H. entfernte sich während eines Wiederholungskurses unerlaubterweise mit einem Dienstfahrzeug von der Truppe, die er später hierüber benachrichtigte, ohne jedoch zu ihr zurückzukehren. Zuvor hatte er einen Wohnsitzwechsel nicht fr.istgerecht dem Sektionschef gemeldet. Das zuständige Militärappellationsgericht bestätigte ein erstinstanzliches Urteil, wonach H. zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse verpflichtet sowie mit einer bedingt vorzeitig löscharbaren Busse bestraft worden war. Namentlich gegen die bedingt vorzeitige Löscharkeit der Busse wendet sich die Kassationsbeschwerde des Auditors. Aus den Erwägungen: - 2.a) Der Beschwerdeführer macht geltend, das angefochtene Urteil verletze Art. 34 Abs. 4 MStG, allenfalls Art. 49 Ziff. 4 StGB. Es bleibe unklar, auf welche der beiden Gesetzesbestimmungen sich die Vorinstanz abgestützt habe. Richtigerweise sei die erstere anzuwenden. In der Sache seien die objektiven Voraussetzungen zur bedingt vorzeitigen Löscharung des Strafeintrages zwar gegeben. Hingegen fehle es an den subjektiven Voraussetzungen hierzu. Der Beschwerdegegner habe nämlich dargelegt, dass er auch künftigen Aufgeböten zum Militärdienst nicht folgen werde. Nun seien Dienstverweigerung und Ausreissen auch nach der Gesetzesreform vom 5. Oktober 1990 ein mit strafrechtlicher Sanktion geahndeter Verfassungsbruch geblieben. Auch bei einem

in bezug auf die Rechtsfolge privilegierten Täter sei kein Wandel in bezug auf künftige Gesetzestreue eingetreten, was eine ganzheitlich gute Prognose ausschliesse. Daran vermöge auch der sonst gute Leumund des Angeklagten nichts zu ändern. Selbst wenn man bei privilegierter Dienstverweigerung die Wohltat von Art. 34 Ziff. 4 und Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG gewähre, so sei dies hier, wo noch ein Fahrzeug entwendet worden sei, ausgeschlossen. b) Die Vorinstanz hat für die Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch (Art. 94 Ziff. 1 Abs. 1 SVG) eine Busse ausgesprochen. Ob für die Frage ihrer bedingt vorzeitigen Löscharkeit Art. 34 Ziff. 4 MStG oder 335

Art. 49 Ziff. 4 StGB anzuwenden sei, kann offen bleiben, da sie durch den Verweis auf Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG resp. Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB inhaltlich übereinstimmen. e) Die subjektiven Voraussetzungen zur bedingt vorzeitigen Löscharkeit der Busse bestehen in der Erwartung, dass sich der Verurteilte angesichts seines Vorlebens und Charakters durch das Strafurteil von weiteren Verbrechen oder Vergehen abhalten lassen werde. aa) Das Militärkassationsgericht hat in konstanter Rechtsprechung zu Art. 32 Ziff. 1 MStG ausgeführt, die Prognose sei im Hinblick auf den gesamten Rechtsbereich zu prüfen. Die bedingte Strafe müsse zu einer inneren Umkehr und dauernden Besserung Anlass geben; denn allein ein solcher Gesinnungswandel garantiere, dass der Verurteilte inskünftig die Rechtsordnung insgesamt achte und nicht in sein Belieben setze, welche strafbewehrten Gesetze er befolge und welche nicht. Ein Dienstverweigerer bekunde regelmässig den Willen, auch künftige Aufgebote zu missachten. Daher könne ihm in der Regel auch dann keine gute Prognose gestellt werden, wenn es wegen seiner Ausmusterung nicht mehr zu einem Aufgebot an ihn komme. Wer sich über eine in der Verfassung vorgesehene, mit Strafandrohung versehene Bürgerpflicht hinwegsetze, sei nach seiner Geisteshaltung, wenn er daran festhalte, nicht davor gefeit, andere Gebote oder Verbote mit Strafsanktion zu verletzen (MKGE 10 Nr. 40 und 92, 9 Nr. 37). Allerdings hat das Militärkassationsgericht eine gute Prognose bei Dienstverweigerern nicht generell verneint und diesen zugestanden darzutun, dass sie sich aufgrund konkreter Umstände rechtfertigen (MKGE 11 Nr. 26). Diese Auslegung von Art. 32 Ziff. 1 MStG betrifft auch die bedingt vorzeitige Löscharkeit einer Busse, da Art. 34 Ziff. 4 MStG hierauf verweist. . . b) Der amtliche Verteidiger macht geltend, seit der Gesetzesrevision von 1990 dürfe ein Schuldspruch wegen privilegierter Dienstverweigerung resp. privilegierten Ausreisens für die Beurteilung der Prognose bei der Sanktion für eine andere Tat nicht mehr beachtet werden; wenn diese später beurteilt werde, würde der Richter ja von einer Verurteilung nach jenen Delikten nicht mehr erfallen. Sollte freilich dem Richter seit der Revision von 1990 verwehrt sein, Dienstverweigerung oder Ausreisen aus Gewissensgründen im Hinblick auf bedingten Vollzug der Strafe für ein anderes Delikt in Betracht zu ziehen, so hätte dies im Wortlaut seinen Niederschlag gefunden. Auch wird auf den Strafregistereintrag insoweit nur unter dem Vorbehalt der Erfüllung der Arbeitspflicht im öffentlichen Interesse verzichtet, da bei ihrer Verweigerung oder bei schwerer Pflichtverletzung nachträglich eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden kann. 336

Die Prognosebeurteilung der Vorinstanz stützt sich somit zu Recht auf Vorleben und Charakter des Beschwerdegegners. Sie erübrigt sich nicht schon allein wegen des Umstandes, wie der Auditor vorbringt, dass Sdt H. zum Ausreisen eigenmächtig ein Militärfahrzeug benutzte; denn gerade die Sanktion für diese Tat ist es, die Anlass zur Prognoseprüfung gibt. Die Erwägungen des Militärappellationsgerichtes rechtfertigen die gute Prognose im Sinne des Gesetzes. Dass sie unzutreffend seien oder dass die Vorinstanz

andere, nachteilige individuelle Gesichtspunkte übersehen habe, wird mit der Beschwerde nicht geltend gemacht. Die Bemerkung des Auditors, ein Wandel sei beim Angeklagten nicht eingetreten, ist als rein appellatorische ~riti k an Feststellungen des Sachrichters unzulässig. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkte abzuweisen. (15. Juni 1994, Aud. e. MAG 2A) 78. Keine Sistierung eines Militärstrafverfahrens wegen Dienst- verweigerung im Hinblick auf die Ausführungsgesetzgebung betreffend einen Zivildienst (Art. 81 MStG, Fassung vom 5.10.1990; Ai1. 143 MStP; Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV) Art .. 1 á Abs. 1 Satz 2 BV schafft _ke in unmittelbar anspruchs- begründendes verfassungsmässiges Recht. Nach Wortlaut und Mater.ialien handelt e~ sich um ei~en programmatischen Grundsatz: zu wenig bestimmt, um unmittelbar angewendet werden zu können. Zu Art. 18 Abs. _1 Satz. 2 besteht kein Übergangsrecht, das dem Richter gestatten würde, von geltendem Recht abzuweichen oder im Ergebnis gleich geltendes Recht nicht mehr anzuwenden, indem er e in Verfahren sistiert. Keine Überprüfung von Art. 81 MStG auf Verfas- sungsmässigkeit. ·
·Pas de suspe~sion d'une procédure pénale militaire ouverte à la suite d'un refus de servir, jusqu'à l'adoption de la législation fédérale re/a- five au service civil (art. 81 CPM, sel o n la nouvelle du 5.1 O~ 1990; art. 143 PPM; art. 18 al. 1, 2e phrase Cst.) L 'art. 18 al. 1, 2e phrase Cst. ne confere pas au citoyen un droit cons- titutionnel dont il pourrait se prévaloir directement. Le texte de cette disposition, ainsi que les travaux préparatoires, démontrent qu'il s'agit d'un principe ayant valeur de programme: cette norme est trop imprécise pour être immédiatement applicable. Le constituant n'a pas adopté, avec l'art. 18 al. 1, 2e phrase Cst., de regles de droit transi- toire qui permettraient au juge de s'écart-er du droit en vigueur ou - ce qui produirait le même résultat - de renoncer à appliquer le droit en 337
vigueur en suspendant une pro~édure en cours. Pas d'examen de la constitutionnalité de l'art. 81 CPM. Nessuna sospensione di una procedura, pena/e militare per-rifiuto de/ servizio in attesa de/la legislazione ·di applicazione re/ativa al servizio civile (art. 81 CPM, versione del 5.10.1990; art. 143 PPM; art. 18 cpv. 1 seconda frase Cost.) Dall'art. 18 cpv. 1 seconda frase Cost. no n scaturisce un diritto di rango -costituzionale direttamente invocabile. Dai suo tenore letterale e dai lavori preparatori emerge che si tratta di un principio di carattere programmatico: troppo indeterminato per poter essere di immediata applicazione. In merito all'art. 18 cpv. 1 seconda frase non esiste dirit- to intertemporale che permetta al giudice di scostarsi dai diritto vi- gente oppure - conseguenza, all'atto pratico, identica - di non applica- re il diritto vigente sospendendo una procedura in corso. Nessun e- same della costituzionalità dell'art. 81 CPM. Aus 'dem Sachverhalt: A. Am 2. November 1992 folgte Lwf Sdt M.S. dem Aufgebot zum Ergänzungskurs seiner Einteilung&einheit, der vom 2. bis 21. November 1992 gedauert hätte, nicht. Auch zum Nachschiesskurs vom 23. oder 24. November 1992 rückte er nicht ein. Für die Zukunft lehnte er sowohl Militärdienstleistungen als auch Arbeitsleistungen im Sinn von Art~ 81 Ziff. 2 MStG ab. Hingegen wäre er bereit gewesen, einen zivilen Ersatzdienst im Sinn von Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV zu leisten. Vor Divisionsgericht und vor Appellationsgericht liess er deshalb beantragen, das Verfahren sei zu sistieren, bis das in Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV vorgesehene Gesetz über einen zivilen Ersatzdienst gelte. B. Am 30. November 1993 wies das Div Ger 5 den Sistierungsantrag von Lwf Sdt S. ab. Es verurteilte ihn wegen mehrfacher Dienstverweigerung im Sinn von Art. 81 Ziff. 1 MStG, bestrafte ihn mit 60 Tagen Gefängnis, schloss ihn im Sinn von Art. 36 MStG aus der Armee aus und auferlegte ihm die Verfahrenskosten. C. Am 18. Februar 1994 bestätigte das MAG 2A (Vorinstanz) das Urteil des Div Ger 5, nachdem es dem Sistierungsantrag von Lwf Sdt S. ebenfalls nicht stattgegeben hatte. D. Lwf Sdt S. führt Kassationsbeschwerde. Er beantragt; das

vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben; das Verfahren sei bis zur Inkraftsetzung des Gesetzes über einen zivilen Ersatzdienst zu sistieren; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Auditor und Präsident der Vorinstanz verzichten auf Vernehmlassung. 338

Aus den Erwägungen: 1. Um seine Sistierungsanträge zu begründen, macht der Beschwerdeführer geltend, Art. 18 Abs. 1 Satz. 2 BV enthalte nicht nur einen Gesetzgebungsauftrag, sondern berechtere unmittelbar den Bürger, einen zivilen Ersatzdienst zu wählen. Für eine solche Wahl erfülle er, der Beschwerdeführer, die Voraussetzungen. Deshalb sei es stossend, weitere Dienstverweigerer nach den noch geltenden Bestimmungen zu verurteilen. Ausserdem würden Rechtungleichheiten geschaffen: Wer unter noch geltendem Recht den Dienst verweigere, aber erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts über einen zivilen Ersatzdienst beurteilt werde, könne sich auf das mildere Gesetz berufen. Unter solchen Umständen entfalte neues Recht nach der Praxis regelmässig Vorwirkungen. Durch die Abweisung seines Sistierungsantrags habe die Vorinstanz nicht nur sein verfassungsmässiges Recht auf die Wahl eines zivilen Ersatzdienstes, sondern auch das Gebot der Rechtsgleichheit verletzt. 2. Der Beschwerdeführer nennt für seine Rügen keine Kassationsgründe. Der Beschwerdebegründung lässt sich immerhin entnehmen, dass zweierlei im Vordergrund steht: Zunächst habe die Vorinstanz im Sinn von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt, als sie seinen Sistierungsantrag abwies; sodann habe sie im Sinn von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP das Strafgesetz verletzt, als sie ihn wegen Dienstverweigerung verurteilte; soweit letzteres geltend gemacht wird, ist das Militärkassationsgericht nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 4 MStP). 3. Zur Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften: a) Es gibt keine Bestimmung des Militärstrafprozesses, die hier gestatten oder gar gebieten würde, das Verfahren zu sistieren. Im Gegenteil: Ein Militärstrafverfahren ist ohne Verzug zu Ende zu führen; eine Verschiebung der Hauptverhandlung ist nur aus wichtigen Gründen zulässig, etwa wenn neue Beweise abzunehmen sind oder wenn die Anklageschrift neu zu erstellen oder zu ergänzen ist (Art. 143 Abs. 1 MStP). Mit der Annahme von Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV, wonach das Gesetz einen zivilen Ersatzdienst vorsieht, wurde weder ein neues Grundrecht, zivilen Ersatzdienst zu leisten, noch ein anderes unmittelbar anspruchsbegründendes verfassungsmässiges Recht geschaffen (hierzu: Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse* li [Neuchâtel 1967] no 1645; Yvo Hangartner, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts* 11 [Zürich 1982] S.23; Jörg Paul Müller in: *Kommentar BV*, N. 87 und 88' der Einleitung zu den Grundrechten [Basel/Zürich/Bern 1987]; BGE 105 Ia 38 f., 104 Ia 287, 96 Ia 626). Gegen die unmittelbare Anwendung der Verfassungsbestimmung spricht deren klarer Wortlaut, der es ausdrücklich dem Gesetzgeber überlässt, einen Zivildienst "vorzusehen": ihn einzuführen und 339

auszugestalten. Die Verfassungsmaterialien deuten darauf, dass eine rein programmatische Bestimmung aufgestellt werden wollte (Bericht der Nationalratskommission vom 20. März 1991 [881.1991 11 433 ff.] und Stellungnahme des Bundesrats vom 8. Mai 1991 [881., a.a.O., 923 f.]). Im übrigen wäre Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV zu wenig bestimmt (Oustiziabel), um unmittelbar angewendet werden zu können (Jörg Paul Müller, a.a.O. N. 88; Ders., *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* [Bern 1982] 8.65). b) Die Bundesverfassung enthält kein Übergangsrecht, das bis zum Inkrafttreten des in Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV vorgesehenen Gesetzes gelten sollte. Der Verfassungszusatz berührt demnach weder die Geltung bestehender Gesetze im allgemeinen noch die Geltung von Art.

81 MStG im besonderen. Übergangsrecht zu erlassen ist eine Aufgabe, der Rechtsetzung (Aifred Kölz, Intertemporales Verwal~ungsrecht, ZSR 1983 11 8.155). Noch nicht geltendes Recht wirkt nicht \lor (Aifred Kölz, a.a.O., 8.17 4) und vermag deshalb keine Grundlage für staatliches oder richterliches Handeln abzugeben (BGE 89 I 472). Der Richter, der somit geltendes Recht anzuwenden hat, ist nicht befugt, es durch eine Sistierung des Verfahrens faktisch ausser Kraft zu setzen. Dass ein Dienst- verweigerer nach Inkrafttreten des in Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV vorgesehene GesetZes als Folge des Übe'i"gangsrechts möglicherweise einer Verurteilung entgeht, obwohl er die Tat schon vorher begangen hat, ist Gesetzesänderungen wesenseigen und verletzt das Gebot der Rechts- gleichheit nicht. e) Indem die Vorinstanz den Sistierungsantrag des Beschwerdeführers abwies, verletzte sie demnach keine wesentlichen Verfahrensvorschriften, sondern handelte pflichtgemäss. Die gegenteilige Rüge des Beschwerdeführers erweist sich als unbegründet. 4. Zur Verletzung des Strafgesetzes: Wie ausgeführt, wurde durch Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV Art. 81 MStG weder ganz noch teilweise ausse.r Kraft gesetzt oder geändert. Vielmehr bleibt eine allfällige Gesetzesänderung ausdrücklich dem Gesetzgeber vorbehalten. Der Beschwerdefl:ihrer hat somit kein verfassungsmässiges Recht, Zivildienst zu leisten. Selbst wenn ein derartiger Anspruch bestände, liesse er sich nicht unmittelbar, entgegen Art. 81 MStG, durchsetzen. Denn Art. 113 Abs. 3 BV verbietet es, Bundesgesetze wegen -allfälliger Verfassungswidrigkeit nicht anzuwenden. Auf die ~üge, die Verurteilung des Beschwerdeführers verletze dessen verfassungsmässiges Recht, Zivildienst zu leisten, oder die Rechtsgleichheit - und insofern das Strafgesetz -, ist deshalb nicht einzutreten. (26. September 1994, S. e. MAG 2A) 340

79. Principe "in dubio pro reo" (art 185 al. 1 let. f PPM; art. 6 par. 2 CEDH, art. 4 al. 1 Cst.) Concordance des jurisprudences du Tribunal militaire de cassation et du Tribunal fédéral au sujet de la portée du principe "in dubio pro reo" (ATF 120 la 31 consid. 2 p. 33). Le principe · "in dubio p ro reo" s'applique aussi b i en à l'appréciation des preuves qu'à la répartition du fardeau de la preuve. En tant que règle relative à l'appréciation des preuves, ce principe signifi~ que le juge pénal ne peut retenir un fait à la charge de l'accusé lorsqu'il sub- siste objectivement un doute à cet égard. Comme règle relative à la répartition du fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il appa- rtient à l'accusation de prouver la culpabilité de l'accusé, et non pas à ce dernier de démontrer son innocence. Le Tribunal militaire de cas- sation se prononce sous l'angle de l'arbitraire quant à une yiolation de la règle relative à l'appréciation des preuves; en revanche, il exa- mine librement. si la règle concernant le fardeau de la preuve a été violée. Dans le cas particulier: le principe "in dubio pro reo" n'a été invoqué qu'à l'égard de· l'appréciation des preuves; pas d'arbitraire en ce qui concerne l'appréciation de l'aptitude à_ se présenter à l'entrée en ser- vice. Grundsatz "in dubio pro reo" (Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP; Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 4 Abs. 1 BV)

Übereinstimmung der Praxis des Militärkassationsgerichts und des Bundesgerichts betreffend die Bedeutung des Grundsatzes "in dubio pro reo" (BGE 120 la 31 E. 2, S. 33). Der Grundsatz "in dubio pro reo" ist sowohl Beweiswürdigungs- als auch Beweislastregel. Als Beweiswürdigungsregel bedeutet er; dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen · Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Be.trachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sächverhalt so verwirklicht hat. Als Beweislastregel bedeutet er, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Die Verletzung der Beweiswürdigungsregel wird durch das Militärkassationsgericht unter dem Gesichtspunkt der Willkür, die Verletzung der Beweis- lastregel frei überprüft. Im

vorliegenden Fali: Grundsatz "in dubio pro reo" nur als Beweis- würdigungsregel
angerufen; keine Willkür der in Frage stehenden Beweiswürdigung betreffend
Einrückungsfähigkeit. 341

Principio "in dubio pro reo" {art. 185 cpv. 1 lit. f PPM; art. 6 cfr. 2 CEDU; art. 4 cpv. 1
Cost.) · Identità di giurisprudenza fra Tribunale militare di cassazione e Tribu-
nale federale in merito alia portata del principio "in dubio pro reo" (DTF 120 la 31 consid. 2, p. 33). 11
principio "in dubio pro reo" funge da regola non solo per l'apprez-
zamento delle prove, ma anche per l'attribuzione d~ll'onere della pro- . va. In quanto regola per l'apprezzamento delle
prove, esso significa che il giudice penale non puà dirsi convinto che sia dato uno stató dei
fatti sfavorevole per l'accusato, se una valutazione oggettiva degli. stessi non permetta di
escludere dubbi circa il modo in cui si sona prodotti. In quanto regola per l'attribuzione
dell'onere della prova, questo principio significa che e compito dell'accusa provare la colpe-
volezza dell'accusato, e non compito di quest'ultimo dimostrare la propria innocenza. 11
Tribunale militare di cassazione esamina una violazione della regola per l'apprezzamento
delle prove nell'ottica del- l'arbitrio, mentre la violazione della regola per l'attribuzione
dE?ll'onere della prova e valutata con pieno potere d'esame. Nel caso in questione: il
principio "in dubio pro reo" e invocato sola- mente in quanto regola per l'apprezzamento
delle prove; nessun arbi- trio in merito alia valutazione delle prove circa la capacità di
entrare in servizio. Considérant: 3. Le recourant, condamné pour insoumission
intentionnelle (article 81a CPM), soulève le moyen de cassation tiré de l'article 185, alinéa
1, lettre f PPM; il fait grief aux juges d'appel d'avoir violé la règle de procédure "in dubio
pro reo" en retenant, sans motifs suffisamment convaincants, qu'il était transportable et
partant en état de se présenter à l'entrée en service le 13 septembre 1990 et les jours
suivants, et qu'il en était conscient. Le principe "in dubio pro reo" est d'u~e part u ne règle
sur la répartition du fardeau de la preuve. Déduite de l'article 6, chiffre 2 CEDH, elle
signifie qu'il appartient à l'accusation de prouver la faute de l'accusé, et non pas à ce dernier
de démontrer . son innocence; dan s le cadre d'un pourvoi en cassation, le Tribunal militaire
de cassation examine avec pleine cognition si cette règle de procédure a été violé. Le
principe "in dubio pro reo" est d'autre part une règle sur l'appréciation des preuves
découlant de l'article 4 Cst. Elle esf violée lorsque le juge retient un fait à charge de l'accusé
alors qu'un doute subsiste. Par là, il ne faut pas entendre un doute abstrait et théorique, mais
un doute objectivement évident et insurmontable (cf. ATF 120 la 31). En cassation, la
violation de cette règle doit être invoquée dans le cadre d' un moyen tiré de la lettre f de
l'article 185, alinéa 1, lettre f PPM, ouvert lorsque des constatations de fait essentielles du
jugeQlent sont en 342

contradiction avec le résultat de l'administration des preuves; la cognition du Tribunal
militaire de cassation est dans ce cas restreinte à l'arbitraire (ATMC 11, no 51, cons. 3a). En
l'espèce, les juges d'appel ont considéré que le recourant était trans- portable à l'époque ou il
aurait d9 accomplir son service, c'est-à-dire que son état de santé lui permettait de se
déplacer et de se présenter à l'entrée en service, quand bien même un certificat établi le 7
septembre 1990 par son médecin traitant atteste le contraire; iis ont donc conclu que c'est
fauti- vement que le recourant 'a fait défaut au cours auquel il avait été valabfe.. ment
convoqué (ct ATMC 11 no 35 cons 3c, 9 nos 22,67 et 125,6 no 52). lis ont tiré cette
déduction du fait que le recourant s'est rendu à pied de son domicile à la poste le _jour
de-l'entrée en service pour envoyer son certificat médical; que le médecin du gr ob bl 1,
venu le chercher en ambulance le lendemain à son domicile, ne l'y avait pas trouvé, soit

parce qu'il en était absent, soit parce que, sciemment, il n'avait pas répondu à la porte; qu'il avait mis son ~ppareil téléphonique sur répondeur, rendant ainsi impossi- ble à la troupe de le joindre; que bien qu'étant en possession d'un certificat médical le 7 septembre déjà, soit une semaine avant l'entrée en service, il s'était abstenu de prendre contact avec son supérieur et n'avait envoyé ce certificat médical que le jour de l'entrée en service. a) Le recourant objecte, tout d'abordt que le rapport établi par l'expert, à la demande du tribunal de division, qui concluait, sur la base du dossier, qu'il était transportable au moment du service, n'est pas décisif. Il n'y a toutefois · pas lieu d'entrer en matière sur ce grief, des lors que les juges d'appel ne 'se sont pas fondés sur cette expertise. - b) Le recourant estime que rien ne permet de dire qu'il-était absent de chez tui lorsque l'officier médecin s'est rendu à son domicile. Son appartement étant, relativement long e t la chambre à -coucher à l'opposé de la_ porte d'entrée, il ne serait pas exetu qu'il n'ait pas entendu les coups de son- ne~e. En outre, contrairement à ce qu'ont retenu les juges d'appel, l'officier médecin n'a jamais dit l'avoir appelé bruyamment. Il est exact que l'officier médecin n'a pas parlé d'appels bruyants, mais bien de "plusieurs coups de sonnette insistants". Il s'agit d'une simple impréci- sion de langage dan s le jugement qui ne- change ri en au fait que l'officier médecin s'est manifesté de façon à se faire entendre. Il est logique d'ad- mettre qu'une personne à l'intérieur d'un appartement entend plusieurs coups de sonnette insistants; rien ne démontre qu_ il aurait pu en être au- trement dans le cas d'espêce. L'hypothèse qu'il ne serait pas exclu que les coups de sonnette n'eussent pas été audibles à l'autre bout de l'apparte- ment n'est aucunement étayée; le recourant n'affirme même -pas que la sonnette était trop faible pour être entendue dans tout l'apparte~ent. Contrairement à ce que le recourant. allègue dans son pourvoi, il n'y avait 343

pas motif à procéder à une inspection des lieux qu'il n'a d'ailleurs jamais req~ise. e) Le recourant allègue que rien n'imposait de ne pas laisser l'appareil té- léphonique sur répondeur; ~tant malade, il ne voulait pas être dérangé, et le fait que le répondeur précisait qu'il était absent ne signifierait pas que tel était effectivement le cas. Le recourant, officier avec une fonction de spécialiste à l'état-major d'un groupe, a simplement envoyé un certificat médical et n'est pas entré en service. Il devait en conséquence s'attendre à ce que la troupe prenne contact avec lui. Il devait s'y attendre d'autant plus qu'il- avait déjà fait dé- faut au cours de cadre ~t au cours de répétition de l'année 1989, étant ulté- ri-eurement dispensé de ce service pour des raisons médicales qualifiées de légères, et qu'il avait demandé à ses supérieurs, le 9 février 1990, d'être libéré du service militaire le plus vite possible pour dés raisons de cons- cience. En outre, si son état de santé lui permettait de se rendre à la poste, il lui permettait aussi de répondre à un coup de téléphone. Les juges d'ap- pel ne sont pas tombés dans l'arbitraire en retenant que le recourant a en- clenché le répondeur automatique afin de ne pouvoir être atteint par télé- phone. - d) Contrairement à ce qu'ont retenu les juges d'appel, le recourant soutient que le certificat médical daté du 7 septembre 1990 ne lui fut adressé que -quelques jours plus tard, à sa requête. Lors de l'audition du 3 décembre 1993 par le tribunal de division, il a toutefois admis n'avoir pas l'fait suivre immédiatement ce certificat. La constatation des juges d'appel n'est donc pas arbitraire. e) Le recourant objecte qu'il ne saurait lui être reproché d'avoir tardé à in- former ses supérieur~; il aurait attendu jusqu'à la dernière minut~ parce qu'il avait l'intention d'entrer en service. Les juges d'appel ont retenu qu'il n'avait justement pas cette intention. Le reproche d'avoir tardé à avertir ses sup.érieurs n'est des lors pas arbi!raire. f) Le recourant conteste que l'avis de l'officier médecin puisse être pris en compte pour retenir le fait qu'il aurait pu entrer en service, car cet officier l'aurait jugé transportable sans l'avoir vu

et en dépit de l'avis de son médecin traitant. Contrairement à ce qu'il laisse entendre le recourant, les juges d'appel ne se sont pas fondés sur l'avis de l'officier médecin pour constater qu'il était transportable; mais l'ordonnance a été faite pour d'autres motifs.- En revanche, ils ont retenu que le recourant avait eu connaissance du fait que l'officier médecin, après s'être entretenu avec son médecin traitant, estimait que le certificat médical du 7 septembre 1990 était insuffisant et qu'il le considérait comme apte au 344

service, donc astreint à se présenter auprès de son unité. Ils en ont déduit que c'est en pleine connaissance de cause que le recourant a refusé de donner suite au télégramme envoyé le 18 septembre par le capitaine Robert, lui ordonnant de rejoindre la troupe le 20 septembre 1990. Cette conclusion n'est pas arbitraire. g) Le recourant allègue enfin que le jugement n'est pas suffisamment convaincant sur le fait qu'il avait conscience d'être transportable, car il aurait accompli toutes les formalités d'usage, telles l'envoi d'un télégramme et d'un certificat médical, pour être dispensé d'entrer en service. Le recourant relève aussi que le jugement n'indique pas ce qu'il aurait dû faire pour se conformer aux règles et qu'il aurait eu des problèmes avec l'assurance militaire si un accident s'était produit lors du déplacement, alors qu'il était au bénéfice d'un certificat médical attestant qu'il n'était pas transportable. Les juges d'appel ont retenu que le recourant se savait transportable. L'envoi d'un télégramme annonçant son défaut et d'un certificat médical contesté par le médecin de troupe n'infirmes pas cette constatation de fait. Le recourant s'est rendu à la poste à pied le jour de l'entrée en service en agissant, par la suite, de façon à ne pas pouvoir être atteint par la troupe. Les juges en ont déduit, sans arbitraire, que le recourant savait qu'il était en mesure d'entrer en service. Quant aux éventuels problèmes avec l'assurance militaire, ils sont imaginaires, puisque le recourant n'aurait fait qu'obéir à un ordre formel; au demeurant, le risque d'un accident du à une basse tension artérielle n'apparaît pas plus grand lors d'un déplacement dans un véhicule des transports publics ou dans une ambulance militaire qu'à domicile. (7 décembre 1994, D. e. TMA 18) 80. Fixation de la durée de l'astreinte au travail (art. 81 eh. 2 al. 2 CPM) Lorsque l'auteur se prévaut d'un engagement concret lié aux valeurs éthiques fondamentales invoquées pour rendre vraisemblable qu'il ne peut concilier le service militaire avec les exigences de sa conscience, un tel engagement ne peut pas être pris encore une fois en considération lors de la fixation de la durée de l'astreinte au travail, ~ afin de réduire cette durée. On ne peut pas tenir compte des activités missionnaires ou d'évangélisation, qui ne sont pas des activités d'intérêt général, pour fixer cette durée. · 345

Bemessung der Arbeitsleistung (Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG) Einsätze, mit denen der Täter unter Berufung auf ethische Grundwerte darlegt, dass er den Militärdienst nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann, werden bei der Bemessung der Arbeitsleistung nicht noch einmal im Sinn eines deren Dauer vermindernenden Tatbeweises berücksichtigt. Missionieren und Evangelisieren sind keine Tätigkeiten im öffentlichen Interesse, die bei der Bemessung der Arbeitsleistung angerechnet werden können. Calcolo della durata dellavoro (art. 81 cfr. 2 cpv. 2 CPM) Attività, alle quali l'autore, appellandosi a valori etici fondamentali, fa riferimento per rendere verosimile di non poter conciliare con la propria coscienza il servizio militare, non possono, nell'ambito del calcolo della durata del lavoro, venir riconsiderate. quale prova del fatto ai fini di ridurre la durata. Attività missionarie o di evangelizzazione non sono attività di interesse pubblico, che possano essere computate nell'ambito del calcolo della durata del lavoro. Considérant: 3. a) ... Afin de ne pas favoriser d'une manière indue les personnes astreintes à un travail d'intérêt général par

rapport aux militaires, le juge ne peut déroger, à la baisse, au principe énoncé par la loi pour calculer la durée de l'astreinte au travail que si le comportement de l'auteur se caractérise par des actes qui se distinguent de ceux que le tribunal retient généralement pour admettre la vraisemblance d'un conflit de conscience fondé sur des valeurs éthiques fondamentales. Une dérogation au mode de calcul de l'astreinte prévu par la loi suppose que l'auteur ait exercé, dans l'intérêt général, une activité bénévole d'une durée et d'une intensité telle qu'elle ait exigé de lui un sacrifice personnel qui sorte de l'ordinaire. Il faut, de plus, qu'il s'agisse de l'accomplissement d'une oeuvre à l'encouragement de laquelle la collectivité publique a un intérêt essentiel parce qu'elle sert au bien général au sens de l'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM. b) En l'espèce, l'engagement fervent de l'intimé au sein du mouvement religieux dont il est l'adepte et l'action qu'il déploie depuis plusieurs années auprès de la jeunesse sous différentes formes, que ce soit par l'organisation d'expositions, de camps de vacances ou la gestion d'un centre d'accueil récréatif et d'une librairie, sont dignes d'estime et ont convaincu le tribunal de la sincérité de ses convictions. Ce comportement de l'intimé, dont le prosélytisme est la finalité, lui a valu d'être mis au bénéfice du régime privilégié prévu par l'article 81, chiffre 2 CPM. Cependant, une activité missionnaire ou d'évangélisation, tout estimable qu'elle soit, n'entre pas dans le cadre des travaux d'intérêt général qui peuvent être imposés en conformité de l'article 81, chiffre 2, alinéa 2 CPM et de sa réglementation d'exé-

346
eution (OAST [RS 824.1]; OAST-DFEP [RS 824.11]), de sorte qu'il ne se justifie pas d'en tenir compte pour fixer une durée de l'astreinte au travail qui serait inférieure à la norme générale posée par la loi. En s'écartant de la règle selon laquelle la durée de l'astreinte à un travail d'intérêt général doit être, en principe, une fois et demie plus longue que la totalité du service militaire refusé, le Tribunal militaire d'appel a violé l'article 81 chiffre 2 CPM, de sorte que pour ce second motif aussi le pourvoi en cassation de l'auditeur est fondé. (20 mars 1995, M. e. TMA 1 B) 81. Présomption de renonciation au relief d'un jugement rendu par défaut {art. 157 al. 2 let. b PPM) 11 n'y a pas renonciation, de la part de la personne condamnée, à demander le relief du jugement rendu par défaut lorsque, citée à l'audience de relief, elle s'y présente, mais qu'après une suspension des débats, elle n'est plus là à la reprise de l'audience. Vermutung des Verzichts auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils/s {Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP) Der Verzicht auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils wird nicht angenommen, wenn der in Abwesenheit Verurteilte der Vorladung des Gerichts zur Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren Folge geleistet hat, die Hauptverhandlung dann aber verschoben wird und der in Abwesenheit Verurteilte zur Fortsetzung nicht mehr erscheint. Presunzione de/la rinúncia alia revoca de/la sentenza contumaciale (art. 157 cpv. 2 lit. b PPM) La rinuncia alia revoca della sentenza contumaciale non e presunta, se il condannato in contumacia ha dato seguito alia citazione del tribunale per il nuovo dibattimento, ma dopo l'aggiornamento di quest'ultimo non si presenta alia sua ripresa. 11 résulte du dossier: A. Par jugement rendu le 24 janvier 1991, le Tribunal militaire de division 1 (ex-ante: le Tribunal de division) a reconnu le sdt PA Thierry P. coupable d'insoumission intentionnelle (au sens de l'art. 81 eh. 1 al. 2 CPM, dans sa teneur en vigueur à la date du jugement) ainsi que d'observation de prescriptions de service (au sens de l'art. 72 CPM), et il l'a condamné par

347
défaut à la peine de 40 jours d'emprisonnement ainsi qu'aux frais de la cause, arrêtés à Fr. 600.--. Le 10 juin 1991, P. a demandé le relief de ce jugement par défaut. B. L'audience de relief, devant le Tribunal de division, a été fixée au 26 mars 1992; P. a comparu

personnellement. Le Tribunal de division a admis la demande de relief et a mis à néant le jugement rendu par défaut le 24 janvier 1991; il a entendu l'accusé puis a décidé d'ajourner les débats et de renvoyer le dossier au juge d'instruction, pour complément d'enquête. Après que le juge d'instruction a complété le dossier, P. a été cité à l'audience du Tribunal de division du 9 novembre 1992, à Meyrin (par la voie édictale - Feuille fédérale no 43 du 27 octobre 1992), pour la reprise des débats; il ne s'est pas présenté. Le Tribunal de division a dès lors prononcé que le jugement rendu par défaut le 24 janvier 1991 était devenu définitif et exécutoire; dans les motifs de sa décision, il a considéré que P. était présumé avoir renoncé à sa demande de relief. Par un nouveau jugement rendu à l'issue de cette audience du 9 novembre 1992, le Tribunal de division a en outre reconnu P. coupable d'insoumission au sens de l'art. 81 a CPM - pour des faits distincts de ceux retenus dans le jugement du 24 janvier 1991 -, et il l'a condamné par défaut à la peine d'un mois d'emprisonnement ainsi qu'aux frais de la cause, fixés à Fr. 750.--; la cour a en outre révoqué les sursis accordés le 6 novembre 1990 par le Tribunal d'instruction pénale du Bas-Valais, et le 21 août 1991 par le Tribunal de police de Morges (ces tribunaux avaient respectivement prononcé des peines d'un mois et de quinze jours d'emprisonnement). C. P. a été arrêté le 23 mars 1994. Le 28 mars 1994, il a été entendu par le juge d'instruction militaire; à cette occasion, il a été informé de la décision prise le 9 novembre 1992 par le Tribunal de division, déclarant définitif et exécutoire le jugement par défaut du 24 janvier 1991. P. a déclaré recourir contre cette décision, après avoir exposé les motifs de son absence à l'audience. P. a par ailleurs demandé le relief du nouveau jugement rendu par défaut le 9 novembre 1992. P. a été pourvu d'un défenseur d'office, qui a été invité à déposer un mémoire de recours écrit. D. P. demande au Tribunal militaire de cassation d'annuler la décision prise le 9 novembre 1992 par le Tribunal de division et de renvoyer la cause à ce Tribunal pour qu'il statue à nouveau sur la demande de relief du jugement rendu par défaut le 24 janvier 1991. P. fait valoir, à titre subsidiaire, que son recours est également dirigé contre le jugement rendu par défaut le 9 novembre 1992. · 348

Considérant: 1. Aux termes de l'art. 195 al. 1 PPM, la voie du recours au Tribunal militaire de cassation est ouverte contre les décisions des tribunaux de division, à moins qu'elles ne soient susceptibles d'être attaquées en appel ou en cassation. La décision attaquée, par laquelle le Tribunal de division a prononcé que le jugement par défaut du 24 janvier 1991 était devenu définitif et exécutoire, peut faire l'objet d'un tel recours (cf., par analogie, art. 195 let. d PPM). L'accusé a qualité pour recourir (art. 196 PPM). En l'occurrence, le recourant a demandé l'annulation de la décision attaquée dès qu'elle lui a été communiquée par le juge d'instruction et il a pris des conclusions motivées et écrites dans le délai qui lui avait été fixé à cet effet; son recours est dès lors recevable au regard des exigences de l'art. 197 al. 1 PPM. Le recours n'est en revanche pas recevable en tant qu'il est dirigé contre le jugement rendu par défaut le 9 novembre 1992 (art. 195 al. 1 PPM, en relation avec l'art. 184 al. 1 let. e PPM). Dans son mémoire, le recourant précise du reste qu'il n'attaque ce jugement qu'à titre subsidiaire, car il a formé une demande de relief sur laquelle le Tribunal de division n'a pas encore statué; au surplus, ses griefs se rapportent uniquement à la décision relative au jugement par défaut du 24 janvier 1991, et non pas au nouveau jugement par défaut, du 9 novembre 1992. 2. Le recourant fait valoir que, par la décision attaquée, le Tribunal de division a implicitement révoqué son prononcé du 26 mars 1992 sur sa demande de relief; il se plaint à ce propos d'une violation de diverses dispositions de la loi de procédure pénale militaire. Dans la décision attaquée, le Tribunal de division a considéré que le recourant avait renoncé à sa demande de relief; or, à l'audience du 26

mars 1992, ce même Tribunal avait déjà statué sur cette demande de relief et il l'avait admise. L'art. 157 al. 2 let. b PPM prévoit que cette renonciation est présumée si le condamné par défaut ne donne pas suite, sans excuse, à la citation du tribunal à l'audience de relief; cette disposition n'était cependant manifestement pas applicable dans le cas particulier, dès lors que le recourant avait précisément comparu à l'audience de relief. Cela étant, comme le jugement par défaut du 24 janvier 1991 a été mis à néant, conformément à l'art. 156 al. 3 PPM, le Tribunal de division n'était pas fondé à considérer que son exécution avait en définitive été simplement suspendue - à l'instar de ce que prévoit l'art. 156 al. 2 PPM - pour la période précédant la décision sur la demande de relief - et que ce jugement annulé pouvait néanmoins être déclaré, ultérieurement, définitif et exécutoire. En effet, en vertu de l'art. 156 al. 3 PPM, dès que le jugement 349

par défaut a été mis à néant, - une nouvelle procédure de jugement doit être suivie "en la forme ordinaire". Dans cette procédure, les débats peuvent être interrompus ou ajournés (art. 143 PPM), ce qui s'est produit en l'espèce. En constatant l'absence du recourant à l'audience de reprise de la cause, le 9 novembre 1992, le Tribunal de division aurait été fondé à poursuivre les débats selon la procédure ordinaire, conformément à l'art. 130 al. 4 PPM, et non pas selon la procédure par défaut (art. 131 al. 2, art. 155 ss PPM); du reste, dans son mémoire au Tribunal de cassation, le recourant lui-même sautient que les règles de la procédure ordinaire auraient dû être appliquées, un second jugement par défaut n'étant pouvant en principe pas être rendu sur les mêmes faits. Il appartenait donc au Tribunal de poursuivre l'instruction et de se prononcer sur les accusations dirigées contre le recourant. Dans ces conditions, le recours doit être admis sur ce point et la décision attaquée doit être annulée. 3. Le recourant demande le renvoi de la cause au Tribunal de division pour qu'il statue à nouveau sur la demande de relief du jugement rendu par défaut le 24 janvier 1991. Comme cela a été exposé, la demande de relief a déjà été admise et le recours est à cet égard sans objet. La cause doit cependant être renvoyée au Tribunal de division, afin qu'il statue sur le fond (art. 198 PPM). (20 mars 1995, P. e. Trib div 1) 82. Dienstverweigerung im Hinblick auf zivilen Ersatzdienst (Art. 81 Ziff. 1 MStG) Wer auf entsprechende Anfrage hin von den angegangenen Behörden erfährt, dass eine vorläufige Dispensation von der Dienstpflicht im Hinblick auf einen verfassungsrechtlich zwar beschlossenen, gesetzlich aber noch nicht geschaffenen zivilen Ersatzdienst nicht in Frage komme, hat keine zureichenden Gründe, anzunehmen, es bestehe ein Rechtsanspruch, zivilen Ersatzdienst zu leisten. Wer dennoch nicht einrückt, obwohl er hierzu in der Lage wäre, bringt zum Ausdruck, den Militärdienst zu verweigern. 350

Refus de servir en vue de l'accomplissement d'un service civil de remplacement (art. 81 eh. 1 CPM) Celui qui apprend de l'autorité compétente, à laquelle il s'était spécialement adressé, qu'une dispense provisoire, du service militaire en vue de l'accomplissement d'un service civil de remplacement n'entraîne pas en considération - la possibilité d'accomplir un service civil, déjà prévue dans la Constitution, n'ayant pas encore été concrétisée par le législateur -, n'a pas d'éléments suffisants pour se prévaloir d'un véritable droit à effectuer ce service civil. Celui qui, dans ces conditions, ne répond pas à un ordre de marche, alors qu'il aurait été en mesure de le faire, exprime ainsi l'intention de refuser le service militaire. Rifiuto del servizio in vista di prestare servizio civile (art. 81 cfr. 1 CPM) Chi apprende dalla competente autorità, su relativa richiesta, che una dispensa provvisoria dall'obbligo del servizio in attesa di prestare servizio civile - eventualità già istituita a livello costituzionale, ma non ancora realizzata dalla legge - non entra in linea di conto, non ha motivi sufficienti

per ritenere eh~ sussista un vero e proprio diritto alia prestazione del servizio eivile. Chi, ciononostan~ e benché in misura di farlo, non entra in sérvizio, esprime la propria ihtenzione di rifiutare il servizio militare. Das Militärkassationsgericht hat festgestellt: A. San Sdt H. erhielt am 12. November 1991 das Aufgebot zum EK 1992 vom 31. August bis 19. September 1992. In dem dem Einrückungstag vorangehenden Monat hatte er mittels zahlreicher Vorstösse beim SASAN bzw. Generalsekrétariat EMD ·Um eine vorläufige Dispensation von der Dienstpflicht und spätere Umteilung in den gemäss Volksabstimmung vom 17. Mai 1992 zu schaffenden zivilen Ersatzdienst gemäss Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BV ersucht. Das SASAN beantwortete die.ses Dispensationsgesuch am 21. August 1992 abschlägig. Die Einrückungspflicht wurde gegenüber San Sdt H. sowohl durch das SASAN als auch durch das Generalsekretariat EMD bekräftigt. Dessen ungeachtet leistete San Sdt H. dem Aufgebot zum EK 1992 keine Folge. B. Am 18. J.uni 1993 sprach das Divisionsgericht 4 San Sdt H. der Dienstversäumnis (gemäss Art. 81 a Ziff. 1 MStG) schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 20 Tagen, bei einer Probezeit von zwei Jahren. Zudem auferlegte es ihm die Verfahrenskosten. Gegen dieses Urteil appellierten sowohl der Angeklagte als auch der Auditor des Divisionsgerichts 4. 351

C. Das Militärappellationsgericht 28 bestätigte das Urteil des Divisions- gericht 4 am 6. Mai 1994 vollumfänglich und auferlegte San Sdt H. die Hälfte der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten. Gegen dieses Urteil erheben sowohl der Angeklagte als auch der Auditor Kassations- beschwerde. Sie beantragen, die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei der Angeklagte kostenlosen Freispruch verlangt, währenddem der Auditor um Neuurteilung unter dem Gesichts- punl,d der Dienstverweigerung ersucht. Der Präsident des Militärappella- tionsgerichts 28 hat darauf verzichtet, sich zu den Beschwerden materiell zu äussern. Das Militärkassationsgericht hat erwogen: 3. Der Auditor des Divisionsgerichts 4 ruft seinerseits den Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes (Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP) an. Er macht geltend, das dem Angeklagten angelastete Verhalten sei zu Unrecht unter den Tatbestand der Dienstversäumnis (Art. 81a Ziff. 1 Abs. 1 MStG) anstatt unter jenen der Dienstverweigerung (Art. 81 Ziff. 1 MStG) subsumiert worden. Die Vorinstanz billige dem Angeklagten persönliche Motive für sein Verhaften einzig wegen , seiner Fixierung auf . ei ne völlig falsche Einschätzung der Rechtslage und seinen missionarischen Eifer zu. Dies sei unhaltbar und müsste zur Folge haben, dass auch jeder engagierte retligiöse Überzeugungstäter bloss noch . der Dienstversäumnis schuldig gesprochen werden könnte, zumal ein solcher Täter sich nicht nur auf seine persönliche Meinung und Überzeugung stütze, sondern sogar seiner religiösen Anschauung nach bestehende göttliche Gebote bzw. Verbote anführe. Der beim Angeklagten nach Einschätzung der Vorinstanz einge- tretene gewisse Realitätsverlust wäre allenfalls bei der Prüfung der Frage der ·Verminderung der Zurechnungsfähigkeit oder · im · _Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen, könne jedoch die grundsätzliche Rechtsfrage, o b e ine Dienstverweigerung oder e ine blosse Dienst- versäumnis vorliege, nicht beeinflussen. Nach Wortlaut und Wille des Gesetzes sei einzig massgeblich, was der Täter mit seinem Verhalten beabsichtige, unabhängig davon, ob dieses auf einer realistischen oder realitätsfremden Optik beruhe. Im vorliegenden Fali sei die Absicht des Angeklagten klar und eindeutig: Er lehne die persönliche Dienstpflicht ab und beanspruche einen noch nicht bestehenden zivilen Ersatzdienst. Seine Aussage, er werde den Mil~tärdienst noch leisten, wenn er müsse, habe der Angeklagte durch sein gegenteiliges Verhalten bereits widerlegt, indem er trotz mehrfachen klaren Hinweisen auf

seine Einrückungspflicht nicht in den EK eingerückt sei. Es sei deshalb auf Dienstverweigerung und nicht auf Dienstversäumnis zu erkennen. Dieser Auffassung des Auditors ist beizupflichten. Gestützt auf die Akten ist festzuhalten, dass der Angeklagte trotz unmissverständlicher Auskünfte 352

und Aufforderungen von BASAN und Generalsekretariat EMD, er habe zum vorgesehenen Dienst einzurücken, dem Aufgebot zum EK 1992 keine Folge leistete. Zwar hatte er gegenüber diesen Stellen wiederholt betont, er sei im Falle einer abschlägigen Beurteilung seines Dispensationsgesuchs von Ende Juli 1992 weiterhin bereit, Militärdienst zu leisten. Dabei wurde ihm aber klar geantwortet, dass ein Aufschub der Dienstleistung nicht in Frage komme. Wie ausgeführt, vermochte er sich - bei erst angenommener Verfassungsbestimmung über den zu schaffenden zivilen Ersatzdienst, diesbezüglich aber noch fehlender Ausführungsgesetzgebung - nicht auf ein Recht auf Zivildienstleistung zu berufen (s. in diesem Zusammenhang im übrigen vorstehende E. 2a). Sodann besass er auch keinen Anspruch darauf, dass die genannten Stellen die Rechtsfragen, die er ihnen bis kurz vor dem Einrückungstag (31. August 1992) unterbreitete, noch rechtzeitig vor diesem Tag beantworten würden. Indem diese Stellen die Einrückungspflicht bestätigten, also am Aufgebot für den EK 1992 festhielten und einen Aufschub der Dienstleistung ablehnten, war der Angeklagte einzurücken verpflichtet; ein Wahlrecht stand ihm nicht zu. Dies war ihm - erst recht wegen seiner juristischen Ausbildung - bestens bekannt; auf Sachverhalts- bzw. Rechtsirrtum vermag er sich bei den gegebenen Verhältnissen nicht zu berufen. Trotz allem wollte er vor einer allfälligen weiteren Dienstleistung zunächst eine Beantwortung der von ihm gestellten Fragen abwarten, womit er es in Kauf nahm, den EK 1992 nicht zu leisten, obwohl er nach seinen eigenen Angaben am 31. August 1992 einzurücken ohne weiteres in der Lage gewesen wäre. Wie der Auditor zu Recht festgestellt hat, brachte der Angeklagte damit zum Ausdruck, die persönliche Dienstpflicht abzulehnen und einen gesetzlich noch nicht bestehenden zivilen Ersatzdienst zu beanspruchen. Indem er trotz wiederholter behördlicher Bestätigung der Einrückungspflicht nicht in den EK 1992 einrückte, widerlegte er seine Aussage, den Militärdienst noch zu leisten, falls er dazu verpflichtet sei. Bei solchem Verhalten handelt es sich der Sache nach um eine Dienstverweigerung. Somit ergibt sich, dass die Vorinstanz durch ihre rechtliche Würdigung des Sachverhaltes das Strafgesetz verletzt hat. In Gutheissung der Beschwerde des Auditors ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Der Angeklagte ist nicht wegen Dienstversäumnis (Art. 81a Ziff. 1 MStG), sondern wegen Dienstverweigerung (Art. 81 MStG) schuldig zu erklären und zu bestrafen. (20. März 1995, H. e. MAG 28) 353

83 .. Pronostic favorable, comme condition à l'octroi du sursis (art. 32 eh. 1 al. 1 CPM) Résumé de la jurisprudence relative à l'art. 41 eh. 1 al. 1 CP, dont la teneur est identique; application de cette jurisprudence par analogie. Pour se prononcer sur l'octroi ou le refus du sursis, le juge de répression doit certes se fonder exclusivement sur les critères légaux, mais ceux-ci lui confèrent un large pouvoir d'appréciation; le Tribunal militaire de cassation ne doit revoir cette appréciation qu'avec une grande retenue (il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de remettre en cause la solution adoptée). Günstige Prognose a/s Voraussetzung der Gewährung des bedingten Strafvollzugs (Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG) Zusammenfassende Hinweise auf die Rechtsprechung zum gleichlautenden Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, die sich sinngemäss heranziehen lässt. Ob der bedingte Strafvollzug gewährt oder verweigert werde, bestimmt sich zwar ausschliesslich nach den im Gesetz

vorgesehenen Kriterien, doch räumen diese dem Sachrichter weites Ermessen ein, in welches das MKG nur sehr zurückhaltend (im konkreten Fall beispielsweise nicht) eingreift. Prognosi favorevole qua/e condizione per la concessione de/la sospensione condizionale/e della pena (art. 32 cfr. 1 cpv. 1 CPM). Rinvii riassuntivi alla giurisprudenza relativa all'art. 41 cfr. 1 cpv. 1 CPS, di identico tenore, alla quale può essere fatto riferimento per analogia. Se è vero che la decisione di concedere o rifiutare la sospensione condizionale della pena è presa esclusivamente in base ai criteri di legge, e pur vero che questi conferiscono al giudice di merito un ampio potere di apprezzamento, sul quale il TMC interviene solamente con grande cautela (ad esempio, non nel caso specifico). 11

résulte du dossier: A. Le 8 octobre 1992 vers 21 heures, alors qu'il effectuait un CR avec son unité, B., qui était de garde, abandonna son poste et quitta le cantonnement; il consumma des boissons alcooliques, puis prit son véhicule privé pour se rendre chez son amie à Vernes; en cours de route, il changea d'idée et alla faire le tour des bars à Lausanne. Interpellé à 3h.45, la prise de sang révéla un taux d'alcoolémie moyen de 1,3 gr. par kilo de sang. B. a expliqué qu'il avait quitté son poste à la suite d'un entretien téléphonique avec son amie, au cours duquel il comprit que cette dernière entendait

se mettre en ménage avec un autre homme. , 11 a alors décidé d'aller la trouver pour éviter l'irréparable. En cours de route, convaincu de l'inutilité de sa démarche, il a décidé de se rendre à Lausanne pour aller noyer son chagrin dans des bars. Avant ces faits, B. avait déjà été condamné, le 24 septembre 1991, à la peine de trois semaines d'emprisonnement avec sursis pour ivresse au volant. Hormis cet antécédent, les renseignements recueillis sur son comportement dans la vie civile ne sont pas défavorables. Les renseignements militaires sont mitigés, faisant état d'un certain penchant pour la boisson. B. Par jugement du 15 décembre 1993, le Tribunal de division 2 a condamné B., pour délit de garde (art. 76 eh. 1 CPM), inobservation de prescriptions de service (art. 72 CPM) et ivresse au volant (art. 91 LCR), à la peine de 45 jours d'emprisonnement avec sursis pendant 5 ans; il a en outre révoqué le sursis à la peine de 3 semaines d'emprisonnement qui lui avait été accordé le 24 septembre 1991. C. Saisi d'un appel de l'auditeur portant exclusivement sur la question de l'octroi du sursis, le Tribunal militaire d'appel 1 B, par jugement du 16 juin 1994, a confirmé la décision prise en première instance. S'agissant du seul point litigieux, à savoir l'octroi du sursis, le tribunal a observé que l'accusé avait certes commis une deuxième ivresse au volant relativement peu de temps après une précédente condamnation pour ce motif, mais qu'il allait maintenant connaître pour la première fois la prison, puisque le précédent sursis était révoqué, et qu'il fallait tenir compte de l'effet qu'aura l'exécution de cette peine. Par ailleurs, il a été relevé que le permis de conduire lui a été retiré pour une durée de 14 mois (en réalité 19 mois), ce qui constitue également une forme de sanction. Il a été constaté enfin que les circonstances de cette deuxième ivresse au volant sont tout à fait différentes des premières, l'accusé ayant agi dans le désarroi d'une profonde déception sentimentale. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le tribunal a estimé qu'un pronostic favorable pouvait être formulé et a assorti d'un sursis pendant 5 ans la peine de 45 jours d'emprisonnement. Considérant en droit: 2. La qualification juridique du comportement de l'accusé, la peine fixée et la révocation du sursis antérieur ne sont pas litigieuses et il n'y a pas lieu d'y revenir, dès lors qu'on ne perçoit aucune violation du droit fédéral. L'auditeur soutient qu'en accordant le sursis, le Tribunal militaire d'appel a violé l'art. 32 eh. 1 al. 1 CPM. 355

So us le titre "sursis à l'exécution de la peine", cette disposition prévoit qu'en "cas- de condamnation à un e peine privative de liberté n'excédant pas 18 mois ou à u ne peine accessoire autre que l'exclusion de J'armée et la dégradation, le juge pourra suspendre l'exécution de la peine, si les an- técédents et le caractère du condamné font prévoir que cette mesure le dé- tournera de commettre d'autres crimes ou délits et s'il a réparé, autant - qu'_on pouvait l'attendre de lui', le dommage fixé judiciairement ou par ac- cord avec le lésé". , Les conditions de .t'octrof du sursis, prévues par cette disposition, sont identiques à celles énoncées à l'art. 41 eh. 1 al. 1 CP. La similitude des textes, voulue par le législateur, appelle une même interprétation., L'octroi ou le refus du sursis dépend exclusivement des critères prévus par la lai (ATF 119 IV 197 consid. 3b, 118 IV 104 consid. aa, 114 IV 97). 11 est évident qu'une peine de 45 jours d'emprisonnement, par sa nature et sa durée~ peut objectivement être assortie du sursis, de sorte que la seule question litigieuse est d~ savoir si la condition dite subjective est réalisée, , c'est-à-dire si l'on peut prévoir, en fonction des antécédents et du caractère du condaniné, que cette mesure sera de nature à le détourner de commet- tre d'autres crimes ou délits (ATF 119 IV 197 consid. 3b, 117 IV consid. 2b, 114 IV 97). 11 s'agit, d'une certaine maniére, de faire un pronostic quant au comportement tutur du condamné (ATF 119 IV 198_ consid. 3c, 117 IV 6). S'agissant d'effectuer ce pronostic, le juge de répression dispose en cette matière d'un large pouvoir d'appréciation; le juge de cassatorí n'annule la décision rendue - en considérant le droit fédéral comme violé - que si elle repose su r des considérations étrangères à la disposition applicable, si elle ne prend pas en compte les critères découlant de celle-ci ou· si le juge s'est montré à ce point sévère ou clément que l'on doive parler d'un abus de pouvoir d'appréciation (ATF 118 IV 100 consid. 2a, 116 IV 280 consid. 2a 115 IV 82 consid. 2a, 105 IV 292 consid. 3). Pour décider si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commet- tre de nouvelles infractions, le juge doit se livrer à une appréciation d'en- semble (ATF 119 IV 198 consid. 3b, 117 IV 5 consid. 2b, 114 IV 97). 11 faut tenir compte d'une part de la situation personnelle de l'auteur et d'autre part des circonstances de l'acte (ATF 118 IV 101 consid. 2b, 115 IV 82 s. consid. 2b). Les critères qui doivent présider à l'octroi ou au refus- du sursis sont les m-êmes en matière d'ivresse au volant que pour toute autre infrac- tion; il s'agit en définitive d'apprécier toutes les circonstances pertinentes (ATF 118 IV 101 consid. e). Le taux d'alcoolémie figure parmi les éléments qui peuvent être pris en compte : plus il est élevé, plus an sera enclin - suivant les circonstances - à 356

admettre l'absence de serupules et, en eonséquence, à éearter un pronos- tie favorable (ATF 117 IV 83 eonsid. 2b _et la jurisprudence eitée). Le fait que le condueteur, avant de se mettre à boire, ait su qu'il devait en- suite reprendre le volant eonstitue également un facteur défavorable qui doit être pri s en compte (ATF 118 IV 101 eonsid. e, 115 IV 83 eonsid. 2b). Lorsque l'auteur a déjà été eondamné, dans un passé réeent, pour une in- fraction de même nature, il s'agit, dans l'appréeiation, d'un élément défavo- rable important (ATF 115 IV 82 eonsid. 2a et les référénees eitées). Une eondamnation antérieure dans le même domaine n'exelut pas néeeaire- ment l'oetroi du sursis (ATF 118 IV 101 eonsid. 2b, 115 IV 81 ss et 85 ss), mais on ne saurait déduire de la jurisprudence que celui qui n'a été condamné qu'une seule fois aurait un droit au sursis lors de sa deuxième eondamnation (ATF 116 IV 281 eonsid. e). En définitive, le juge de eassa- tion s!astreint à un e grande retenue en eette matière, le. pouvoir d'appréeia- tion appartenant au juge de répression, qui doit se forger u ne opinion après avoir procédé à l'administration des preuves, avoir vu et interrogé l'aeusé (ef. ATF 116 IV 281 s. eonsid. e et b). La nature des sanctions prononeées précédemment, de même que la du- rée du retrait de permis, peuvent également être pris en

considération (ATF 118 IV 101 consid. 2e). Dans l'hypothèse où un sursis précédent est révoqué, le juge doit tenir compte des effets prévisibles de l'exécution de cette peine lorsqu'il se prononce sur l'octroi ou le refus du sursis à la nouvelle peine prononcée (ATF 116 IV 99 consid. 2b, 107 IV 91). De vagues espoirs quant à la conduite future du condamné ne suffisent pas pour poser un pronostic favorable (ATF 115 IV 82 consid. 2a).

b) En l'espèce, le Tribunal militaire d'appel a procédé à l'appréciation d'ensemble requise par la jurisprudence. { En ce qui concerne les circonstances de l'acte, il faut relever que l'accusé a bu alors qu'il savait qu'il devait reprendre le volant et que son taux d'alcoolémie était élevé, ce qui dénote un certain mépris de la sécurité d'autrui. D'un autre côté, comme l'a constaté en fait le Tribunal militaire d'appel, il s'est trouvé dans une situation exceptionnelle pour lui, puisqu'il était soudainement plongé dans le désarroi à la suite d'une profonde déception sentimentale. Son comportement ne tire donc pas sa seule cause de la légèreté ou du penchant pour l'alcool, de sorte que l'on ne se trouve pas dans un cas où l'on peut raisonnablement craindre que l'intéressé récidive facilement à tout moment.

357

Quant à la situation personnelle de l'accusé, il est vrai qu'il a été condamné, il y a relativement peu de temps, pour un autre cas d'ivresse au volant. Cet élément défavorable ne crée pas un obstacle absolu à l'octroi du sursis. L'accusé va connaître pour la première fois la prison, puisque le sursis précédent a été révoqué, et qu'il devra donc subir la peine de 3 semaines d'emprisonnement qui lui avait été infligée. C'est à juste titre que le tribunal a pris en compte les effets prévisibles de cette exécution de peine et on ne voit pas en quoi il aurait violé le droit fédéral en considérant que l'accusé y sera sensible. Le tribunal s'est également conformé à la jurisprudence en prenant en considération le fait que le recourant subira un retrait de permis d'une longue durée. Cette nouvelle affaire aura donc pour l'accusé des conséquences concrètes et sérieuses et il est raisonnable de penser que cela pourra le dissuader de commettre de nouvelles infractions. Par ailleurs, il a été condamné à une peine d'une certaine importance (45 jours d'emprisonnement) avec un sursis de longue durée (5 ans). Cette décision est également de nature à exercer sur lui une influence dissuasive. Compte tenu de l'ensemble de cette situation, le Tribunal militaire d'appel n'a pas excédé les limites de son large pouvoir d'appréciation en la matière en considérant qu'un pronostic favorable pouvait être formulé et qu'un sursis à la nouvelle peine pourrait être de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions. En conséquence, la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral et le pourvoi peut être rejeté. (20 mars 1995, B. e. TMA 18) 84. Milderung des Strafgesetzes durch Änderung der verwaltungsmässigen Bestimmungen über die Dauer des Militärdienstes? · Bemessung der Arbeitsleistung (Art. 8 Abs. 2 MStG; Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG) soweit die Milderung des Strafgesetzes auf eine Änderung strafrechtlich sanktionierter verwaltungsrechtlicher Bestimmungen zurückzuführen ist, gilt der Grundsatz der lex mitior nur, wenn die Wertung, die der fraglichen Rechtsänderung zugrunde liegt, eine dadurch faktisch bewirkte Milderung des Strafrechts miterfasst: wenn sich also die Rechtsauffassung zur Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens geändert hat. In Frage gestellt, jedoch offen gelassen mit Bezug auf die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen über die Dauer des Militärdienstes, von denen, gegebenenfalls, die Dauer des verweigerten Militärdienstes abhängt. 358

Der verweigerte Dienst berechnet sich aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verweigerung. Ändern sie sich, so bleibt dies ohne Einfluss auf das Verschulden des Täters. Bestätigung der Rechtsprechung, wonach das Regelmass

(das Anderthalb-fache des gesamten verweigerten Militärdienstes) nur unterschritten werden darf, wenn fallbezogene Umstände vorliegen, die ihrerseits, neben der gerichtlich verhängten Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse, einem Tatbeweis gleichkommen. Die nachträgliche Dienstuntauglichkeitsklärung ist kein solcher Umstand. Assouplissement de la /oi pénale par la modification de dispositions administratives sur la durée du service militaire? Fixation de la durée de l'astreinte au travail (art. 8 al. 2 CPM; art. 81 eh. 2 al. 2 CPM) Si l'on considère que la modification de dispositions administratives, dont l'inobservation est sanctionnée pénalement, équivaut à un assouplissement de la loi pénale, le principe de la "lex mitior" ne s'applique que dans la mesure où, en décidant de réviser les dispositions administratives, l'autorité compétente avait en fait également pour objectif d'assouplir par ce biais les normes du droit pénal: il en va ainsi lorsque, par cette révision, on consacre une modification des conceptions juridiques quant à la punissabilité d'un certain comportement. Cette question est laissée indécise dans le cas particulier, s'agissant de la révision des dispositions du droit administratif sur la durée du service militaire, doit dépendre le calcul de la durée du service militaire refusé, le cas échéant. La durée du service refusé se calcule sur la base des circonstances de fait et de droit prévalant au moment du refus. Une éventuelle modification de ces circonstances est sans influence sur la culpabilité de l'auteur. Confirmation de la jurisprudence selon laquelle on ne peut, en faveur de l'intéressé, déroger à la règle (durée une fois et demie plus longue que celle de la totalité du service militaire refusé) que dans des circonstances concrètes particulières, à savoir lorsqu'une action ou un comportement équivalent, comme le travail d'intérêt général, à une preuve par l'acte. Il n'en va pas ainsi lorsque l'intéressé se prévaut d'une constatation d'inaptitude au service militaire postérieure au refus. Mitigazione del codice penale tramite modifica della norma amministrativa sulla durata del servizio militare? Calcolo della durata del lavoro (art. 8 cpv. 2 CPM; art. 81 cfr. 2 cpv. 2 CPM) Nella misura in cui una mitigazione del codice penale è da ricondurre a una modifica di norma amministrativa, la cui inosservanza è sanzionata penalmente, il principio della lex mitior trova applicazione solamente se la valutazione alla base della modifica legislativa in que-

stione intendeva in tal modo includere la mitigazione del diritto penale. Se il fatto è stato attuato: se cioè è cambiata la concezione giuridica in merito alla punibilità di un determinato comportamento. Questione posta, tuttavia lasciata aperta per quanto attiene alle norme amministrative sulla durata del servizio militare, dalle quali dipende, se del caso, il calcolo della durata del servizio militare rifiutato. Il servizio rifiutato si calcola sulla base delle circostanze di fatto e di diritto vigenti al momento del rifiuto. Una loro modifica non influisce sul grado di colpa dell'autore. Conferma della giurisprudenza, secondo la quale si può scendere sotto la regola (una volta e mezzo la durata dell'intero servizio militare rifiutato) solamente se nell'evenienza specifica sono date circostanze particolari che possano di per sé essere considerate, accanto al lavoro di pubblico interesse stabilito dal tribunale, alla stregua di una prova dell'atto. La dichiarazione di inabilità al servizio militare rilasciata dopo il rifiuto del servizio, non è una di queste circostanze. Das Militärkassationsgericht hat festgestellt: A. Am 21. Juni 1994 verurteilte das Div Ger 5 Tromp Sdt S. wegen Dienstverweigerung im Sinn von Art. 81 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 MStG und verpflichtete ihn zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse von 30. Tagen. B. Der Auditor appellierte gegen dieses Urteil, wobei er sich auf die Dauer der Arbeitsleistung beschränkte. Am 27. September 1994 verpflichtete das MAG 2A Tromp Sdt S. zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse von 139 Tagen. C. Beide Parteien führen Kassationsbeschwerde und beantragen die Aufhebung des Urteils unter Kostenfolge. Beide

anerkennen den Schuldspruch, erachten aber die von der Vorinstanz festgesetzte Dauer der Arbeitsleistung für gesetzwidrig. Tromp Sdt S. strebt deren Vermin- derung auf 30 Tage, der Auditor deren Erhöhung auf 208 Tage an. Zur Beschwerde der Gegenseite hat sich keine der Parteien vernehmen lassen; der Präsident MAG 2A verzichtet auf Bemerkungen.
360

Das Militärkassationsgericht hat erwogen: a) Zur Kassationsbeschwerde von Tromp Sdt S. 1. Tromp Sdt S. rügt eine Verletzung des Strafgesetzes im Sinn von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP: Er habe den WK 1991 verweigert, sei dann aus medizinischen Gründen vom WK 1992 und 1993 dispensiert und ab 15. Februar 1994 von der UC dienstuntauglich erklärt worden. Das Div Ger 5 habe zu Recht festgestellt, dass die Dienstverweigerung nur für das Nichtleisten des WK 1991 kausal gewesen sei; de n restlichen Militärdienst ha be er aus medizinischen Gründen nicht mehr leisten können, weshalb er nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes für die Berechnung der Arbeitsleistung ausser Betracht falle. Aufgrund der verweigerten Dauer des WK 1991 von 20 Tagen sei die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse auf 30 Tage festgesetzt worden. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes betrage die Arbeitsleistung in der Regel das Anderthalbfache des gesamten verweigerten Militärdienstes. Abzustellen sei dabei auf das, was objektiv verweigert worden, und nicht auf das, was aus andern Gründen weggefallen sei. Entsprechend dürfe der Zeitraum d er Dispensation bzw. der Untauglichkeitserklärung aus medizinischen Gründen nicht berücksichtigt werden; andernfalls würden Rechtsgleichheits-, Gerechtigkeits- und Schuldprinzip verletzt. Insofern . verhalte es sich hier wie bei einer Gesetzesänderung zwischen der Verweigerungstat und einer rechtskräftigen Verurteilung; massgebend sei dort der Gesetz~szustand im Zeitpunkt der Urteilsfällung. Ferner gelte die lex mitior. Verweigert worden sei hier ein WK von 20 Tagen, woraus sich eine Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse von 30 Tagen ergebe. 2 .. Nach der Rechtsprechung des MKG berechnet sich der verweigerte Dienst aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verweigerung (MKGE 11 Nr.41, E.6; MKGE vom 26.9.1994 i. S. O., E. 2, und dortige Verweisungen). Aus dem Wortlaut von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG ergibt sich - entgegen der Auffassung von Tromp Sdt S. - gerade nicht, welcher Zeitpunkt der Berechnung des verweigerten Dienstes zugrunde gelegt werden soll: insbesondere nicht, dass dies der Zeitpunkt der Urteilsfällung sein müsse. Bei der Auslegung von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG unter dem hier interessierend~n Gesichtspunkt ist zu beachten, dass die zukünftige Entwicklung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse von kaum abschätzbaren (objektiven und subjektiven) Zufälligkeiten abhängt. Demgegenüber gebieten Rechtssicherheit und Schuldprinzip, die Rechtsfolge einer strafbaren Handlung möglichst unabhängig von solchen Zufäll~gkeiten eintreten zu lassen. Wer den Dienst zu einem bestimmten Zeitpunkt verweigert, hat sich nach den in jenem Zeitpunkt massgebenden 361

tatsächlichen und rechtlichen Verhi:Utnissen zu verantworten; ändern sie sich, so bleibt dies ohne Einfluss auf das Verschulden des Täters. Tromp Sdt S. hat am 2.September 1991 den Dienst verweigert. Später wurde er aus medizinischen Gründen von den WK 1992 und 1993 dispensiert und am 15. Februar 1994 dien~tuntauglich erklärt, wobei die UC feststellte, er sei bis zum 14. Februar 1994 'formell und materiell diensttauglich · gewesen. Die skizzierte, nach der Dienstverweigerung eingetretene Entwicklung, di e schliesslich in e ine Dienstuntauglich- keitserklärung ausmündete, steht in keinem Zusammenhang mit der früheren Dienstverweigerung und beeinflusst demnach den für diese erhobenen

Schuldvorwurf nicht. Die Vorinstanz ist daher richtigerweise mit Blick auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Tat von 139 Tagen verweigerten Militärdienstes ausgegangen und hat insofern das Strafgesetz nicht verletzt. 3. Überlegungen zur *lex mitior* führen zu keinem andern Ergebnis. Nach Art. 8 Abs. 2 MStG ist neues Recht anzuwenden, wenn jemand eine strafbare Handlung nach früherem Recht begangen hat, die Beurteilung aber erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgt und dieses neue Recht für den Täter das mildere ist. Art. 8 Abs. 2 MStG entspricht Art. 2 Abs. 2 StGB, so dass sich zu diesem Punkt die Grundsätze des bürgerlichen Strafrechts auch im Militärstrafrecht heranziehen lassen (Kurt Hauri, Militärstrafgesetz [Bern 1983] Art. 8 N.3). Wenn das mildere Gesetz zurückwirken soll, dann deshalb, weil "die Tat zufolge Änderung <ter Rechtsanschauung nicht mehr bzw. weniger strafwürdig erscheint"; möglicherweise beruht eine Gesetzesänderung indes "nicht auf geänderter Rechtsanschauung, sondern auf geänderten tatsächlichen Verhältnissen" (BGE 89 IV 113, 8.116 f., E. 1 a). In solchen Fällen wirkt das neue Gesetz nicht zurück. Soweit die Milderung des Strafgesetzes auf eine Änderung strafrechtlich sanktionierter verwaltungsrechtlicher Bestimmungen zurückzuführen ist, kommt es deshalb stets auf den Grund der Rechtsänderung an (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I [Bern 1982] § 4 N.14): darauf, ob die Wertung, die der fraglichen Rechtsänderung zugrunde liegt, eine dadurch faktisch bewirkte Milderung des Strafrechts miterfasst; ob sich die Rechtsauffassung zur Strafwürdigkeit eines bestimmten Verhaltens mitgeändert habe (BGE 116 1V 258, S. 260 ff., E. 4; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafbuch, Kurzkommentar [Zürich 1989] Art. 2 N.10, mit Verweisungen). Diese Grundsätze hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Blankettstrafnormen entwickelt, Strafnormen also, bei denen sich die Strafbarkeit des über diese Normen sanktionierten Verhaltens erst aus andern (namentlich verwaltungsrechtlichen) Bestimmungen ergibt. 362

Ähnlich verhält es sich bei Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG. Hier bestimmt sich zwar nicht die Strafbarkeit, wohl aber die Sanktion - die Verpflichtung zur Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse - nach den jeweiligen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, welche die Dauer des Militärdienstes regeln. Seit 1. Januar 1995 gilt die Verordnung vom 31. August 1994 über die Ausbildungsdienste (VAD; AS 1994, 2907). Art. 4 VAD regelt die Dauer der Dienstleistungen. Danach bemisst sich die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse, soweit Militärdienst im Sinn von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 MStG ab 1. Januar 1995 verweigert wird. Ob dies auch gelte, wenn Militärdienst im geschilderten Sinn vor dem 1. Januar 1995 verweigert, aber erst danach beurteilt wird, hängt nach dem Gesagten davon ab, ob insbesondere die VAD eine (strafsanktionsbezogene) mildere ethische Wertung zum Ausdruck bringe. Die Änderung der Grundlagen zur Berechnung der individuellen Dienstleistungspflicht für die Armeeangehörigen aufgrund der auf den 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Verordnungen vom 24. August 1994 über die Dauer der Militärdienstpflicht (VDM; AS 1994, 2894) und vom 31. August 1994 über die Ausbildungsdienste (VAD; AS 1994, 2907), je in Verbindung mit den Bundesbeschlüssen vom 18. März 1994 über die Realisierung der Armee 95 (BRA 95; AS 1994, 1622) und über die Realisierung der Organisation der Armee 95 (RAO 95; AS 1994, 1629), geben für sich allein keine schlüssige Antwort auf diese Frage. Sie kann hier indes offen gelassen werden. Denn die Dienstverweigerung von Tromp Sdt S. wurde durch das MAG 2A am 27. September 1994 beurteilt. Nach seiner Rechtsprechung überprüft das MKG Urteile der Militärappellationsgerichte nach dem Recht, wie es galt, als diese urteilten, selbst wenn zur Zeit des Kassationsverfahrens ein für den Täter milderes Recht gelten sollte (MKGE 11

Nr. 32). Rechtsänderungen seit der Beurteilung durch das MAG 2A bleiben deshalb für das MKG unter dem Gesichtspunkt der *lex mitior* unbeachtlich. 4. Zusammenfassend erweist sich die Kassationsbeschwerde von Tromp Sdt S. als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. b) Zur Kassationsbeschwerde des Auditors 5 .. Der Auditor bezeichnet in seiner Beschwerdeschrift den Kassationsgrund nicht ausdrücklich, rügt aber der Sache nach ebenfalls eine Verletzung des Strafgesetzes im Sinn von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP: Die Vorinstanz sei richtigerweise mit Blick auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Tat von 139 Tagen verweigerten Militärdienstes ausgegangen; sie habe jedoch Art: 81 Ziff. 2 MStG insofern verletzt, als sie die Arbeitsleistung nur nach der einfachen Dauer des verweigerten Militärdienstes bemessen habe. Gründe hierfür habe sie nicht genannt, und solche bestünden auch nicht. Namentlich habe die spätere Dienstuntauglichkeitserklärung keinen Einfluss gehabt auf den Entschluss zur 363

Dienstverweigerung. Folglich sei Tromp Sdt S. zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse von 208 Tagen zu verpflichten. 6. Nach der Rechtsprechung des MKG legt Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse nicht durch einen Rahmen (innerhalb eines Mindest- und Höchstmasses), sondern durch ein Regelmass mit Höchstgrenze fest; dieses Regelmass darf nur unterschritten werden, wenn fallbezogene Umstände vorliegen, die ihrerseits, neben der gerichtlich verhängten Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse, einem Tatbeweis gleichkommen (MKGE 11 Nr.41, E. 3 und 4, mit Verweisungen auf die Gesetzesmaterien). Solche fallbezogene Umstände finden sich hier keine. Insbesondere fällt die nachträgliche Dienstuntauglichkeitserklärung nicht darunter. Indem die Vorinstanz bei der Bemessung der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse das Regelmass unterschritten hat, obwohl kein nach der Rechtsprechung anerkannter Grund hierzu bestand, hat sie das Strafgesetz verletzt. Die Kassationsbeschwerde des Auditors ist deshalb gutzuheissen. (9. Juni 199~, S. und Aud. e. MAG 2A) 85. Bemessung der Arbeitsleistung {Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG) Bestätigung der Rechtsprechung betreffend Berechnung des verweigerten Dienstes, Änderung verwaltungsrechtlicher Bestimmungen über die Dauer des Militärdienstes und Regelmass. Geltend gemachte Umstände, die, neben der gerichtlich verhängten Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse, einem Tatbeweis gleichkommen und eine Unterschreitung des Regelmasses rechtfertigen, sind vom Gericht, ohne Bindung an Parteianträge, frei zu würdigen und zu überprüfen. Werden solche Umstände nur teilweise berücksichtigt, so ist dies zu begründen. Fixation de la durée de l'astreinte au travail/ {art. 81 eh. 2 al. 2 CPM) Confirmation de la jurisprudence relative au calcul de la durée du service refusé, à la modification des dispositions du droit administratif sur la durée du service militaire, et à la règle quant à la durée de l'astreinte. Lorsque l'intéressé se prévaut de circonstances particulières équivalentes à une preuve par l'acte, comme l'astreinte à un travail d'intérêt général prononcée par le juge, et pouvant justifier une dérogation à la règle en sa faveur, le tribunal doit examiner et apprécier librement ces 364

circumstances, sans être lié par les conclusions des parties. S'il ne tient que partiellement compte de ces circonstances, il doit motiver cette solution. .. Calcolo della durata dellavoro {art. 81 cfr. 2 cpv. 2 CPM) Conferma della giurisprudenza relativa al calcolo del servizio rifiutato, alla modifica di norme amministrative sulla durata del servizio militare e alla regola di durata dellavoro di pubblico interesse. 11 tribunale esamina e giudica liberamente, senza essere vincolato dalle conclusioni delle parti, le particolari circostanze addotte che equivalgono, accanto al lavoro di pubblico interesse stabilito dai tribunali, a una prova

dell'atto e giustificino un calcolo della durata inferiore alla regola. Se il tribunale tiene conto solo parzialmente di queste circostanze, deve darne motivo. Das Militärkassationsgericht hat festgestellt: A. San Sdt H. rückte nicht in den WK vom 14. April bis 1. Mai 1993 ein, zu welchem er bei der Fest Flt Kp 107 aufgeboten worden war, um einen Teil des WK 1990 nachzuholen, den er wegen Auslandurlaubes nicht bestanden hatte. B. Das Divisionsgericht 9A sprach San Sdt H. mit Urteil vom 24. März 1994 der Dienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Ziff. 2 MStG schuldig und verpflichtete ihn zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse von 210 Tagen Dauer; es schloss ihn nach Art. 81 Ziff. 2 Abs. 4 MStG aus der Armee aus. San Sdt H. erklärte gegen das Urteil -des Divisionsgerichtes 9A die Appellation und beschränkte sie in der mündlichen Verhandlung auf die Dauer der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse. Das Militärappellationsgericht 2A setzte mit Urteil vom 28. Oktober 1994 die Dauer der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse auf 167 Tage fest. C. Gegen das Urteil des Militärappellationsgerichtes 2A reichte San Sdt H. form- und fristgerecht Kassationsbeschwerde ein. Er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und die Sache sei an die Vorinstanz zur neuen Bemessung der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse zurückzuweisen; die Kosten des Appellations- und des Kassationsverfahrens seien auf die Bundeskasse zu nehmen, und es sei ihm eine Anwaltsentschädigung zuzusprechen. 365

Der Auditor des Divisionsgerichtes 9A beantragt die kostenfällige Abweisung der Kassationsbeschwerde. Der Präsident des Militärappellationsgerichtes 2A verzichtet auf Bemerkungen. Das Militärkassationsgericht hat erwogen: 1. Der Verteidiger hat nach Abschluss des Schriftenwechsels im Kassationsverfahren ein Schreiben des Bundesamtes für Adjutantur ins Recht gelegt, mit welchem der Beschwerdeführer u.a. über seine Gesamtdienstleistungspflicht in der "Armee 95" orientiert worden war. Die Kassationsbeschwerde ist ein ausserordentliches Rechtsmittel. Das Militärkassationsgericht ist nämlich bei der Beurteilung der Sache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht frei, wie es das Militärappellationsgericht ist (Art. 182 Abs. 1 MStP). Es urteilt vielmehr nur im Rahmen der abschliessend genannten Kassationsgründe (Art. 185 Abs. 1 MStP), insoweit der Beschwerdeführer es verlangt (Art. 189 Abs. 2 MStP). So prüft das Militärkassationsgericht bei einer auf Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP gestützten Rüge, ob das angefochtene Urteil das Strafgesetz verletzt, bei einer Rüge im Rahmen von Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP, ob es auf tatsächlichen Feststellungen beruhe, welche dem Ergebnis des Beweisverfahrens widersprechen. Daraus erhellt, dass dem Militärkassationsgericht keine neuen Beweismittel unterbreitet werden können. Sollen solche nachträglich, d.h. nach dem Urteil des Sachrichters, in die Beurteilung einbezogen werden, so ist das Rechtsmittel der Revision zu ergreifen (Art. 200 Abs. 1 lit. a MStP). Die nachträgliche Eingabe des Verteidigers muss somit ausser Betracht bleiben. 2. Nach Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG beträgt die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse in der Regel das Anderthalbfache des gesamten verweigerten Militärdienstes, höchstens aber zwei Jahre. a) Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Tat, d.h. Ende April 1993, aufgrund der damals geltenden Vorschriften und seiner Einteilung in einer Formation eines Festungsregimentes noch drei WK zu 20 Tagen im Auszugsalter sowie zwei WK und zwei EK zu 20 Tagen im Landwehralter hätte leisten müssen. Es schloss daraus, San Sdt H. habe 140 Dienstage verweigert. Der Beschwerdeführer sieht darin eine Verletzung des Strafgesetzes im Sinne von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP. Dem Urteil des Militärappellationsgerichtes hätte seines Erachtens die Dienstpflicht des Beschwerdeführers in der "Armee 95" zugrunde gelegt werden müssen, welche sich 366

nach einer entsprechenden Auskunft des Bundesamtes für Adjutantur auf drei WK zu 20 und einen EK zu 13 Tagen beschränke. Mit dem verweigerten WK 1993 bei einer Dauer von 13 Tagen errechnet der Beschwerdeführer eine Gesamtdauer des verweigerten Dienstes von 86 Tagen. b) Nach der Rechtsprechung des MKG berechnet sich der verweigerter Dienst auf Grund der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verweigerung (MKGE 11 Nr. 41, E. 6; MKGE vom 26.9.1994 i.S. 0., E. 2, und dortige Verweisungen). Aus Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG ergibt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht, welcher Zeitpunkt der Berechnung des verweigerten Dienstes zugrundegelegt werden soll insbesondere nicht, dass dies der Zeitpunkt der Urteilsfällung sein müsse. Bei der Auslegung von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt ist zu beachten, dass die zukünftige Entwicklung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse von kaum abschätzbaren (objektiven und subjektiven) Zufälligkeiten abhängt. Dem gegenüber gebieten Rechtssicherheit und Schuldprinzip, die Rechtsfolge einer strafbaren Handlung möglichst unabhängig von solchen Zufälligkeiten eintreten zu lassen. Wer den Dienst zu einem bestimmten Zeitpunkt verweigert, hat sich nach den in jenem Zeitpunkt massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen zu verantworten; ändern sie sich nachträglich so bleibt dies ohne Einfluss auf das Verschulden des Täters. aa) Überlegungen zur lex mitior führen im vorliegenden Fall zu keinem andern Ergebnis. Nach Art. 8 Abs. 2 MStG ist neues Recht anzuwenden, wenn jemand eine strafbare Handlung nach früherem Recht begangen hat, die Beurteilung aber erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgt und dieses neue Recht für den Täter das mildere ist. Art. 8 Abs. 2 MStG entspricht Art. 2 Abs. 2 StGB, so dass sich zu diesem Punkt die Grundsätze des bürgerlichen Strafrechts auch im Militärstrafrecht heranziehen lassen (Kurt HAURI, Militärstrafgesetz [Bern 1983] Art. 8 N.3). Wenn das mildere Gesetz zurückwirken soll, dann deshalb, weil "die Tat zufolge Änderung der Rechtsanschauung nicht mehr bzw. weniger strafwürdig erscheint"; möglicherweise beruht eine Gesetzesänderung in der "nicht auf geänderter Rechtsanschauung, sondern auf geänderten tatsächlichen Verhältnissen" (BGE 89 IV 113, S. 116 f., E. 1 a). In solchen Fällen wirkt das neue Gesetz nicht zurück. Soweit die Milderung des Strafgesetzes auf eine Änderung strafrechtlich sanktionierter verwaltungsrechtlicher Bestimmungen zurückzuführen ist, kommt es deshalb stets auf den Grund der Rechtsänderung an (Günter STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I [Bern 1982] § 4 N.14), d.h. darauf, ob die Wertung, die der fraglichen Rechtsänderung zugrunde liegt, eine dadurch faktisch bewirkte Milderung des Strafrechts miterfasst bzw. 367

ob sich die Rechtsauffassung zur Strafwürdigkeit eines bestimmten Verhaltens mitgeändert habe (BGE 116 IV 258, S. 260 ff., E. 4; Stefan TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar (Zürich 1989) Art. 2 N.10, mit Verweisungen). Diese Grundsätze hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Blankettstrafnormen entwickelt, Strafnormen also, bei denen sich die Strafbarkeit des üblicherweise diese Normen sanktionierten Verhaltens erst aus andern (namentlich verwaltungsrechtlichen) Bestimmungen ergibt. bb) Ähnlich verhält es sich bei Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG. Hier bestimmt sich zwar nicht die Strafbarkeit, wohl aber die Sanktion sui generis - die Verpflichtung zur Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse - nach den jeweiligen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, welche die Dauer des Militärdienstes regeln. Seit 1. Januar 1995 gilt die Verordnung vom 31. August 1994 über die Ausbildungsdienste (VAD; AS 1994, 2907). Art. 4 VAQ regelt die Dauer der Dienstleistungen. Danach bemisst sich die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse, soweit Militärdienst im Sinn von Art. 81

Ziff. 2 Abs. 1 MStG ab 1. Januar 1995 verweigert wird. Ob dies auch gelte, wenn Militärdienst im geschilderten Sinn vor dem 1. Januar 1995 verweigert, aber erst danach beurteilt wird, hängt nach dem Gesagten davon ab, ob insbesondere die VAD eine (straf-sanktionsbezogene) mildere ethische Wertung zum Ausdruck bringe. Die Änderung der Grundlagen zur Berechnung der individuellen Dienstleistungspflicht für die Armeeingehörigen aufgrund der auf den 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Verordnungen vom 24. August 1994 über die Dauer der Militärdienstpflicht (VDM; AS 1994, 2894) und vom 31. August 1994 über die Ausbildungsdienste (VAD; AS 1994, 2907), je in Verbindung mit den Bundesbeschlüssen vom 18. März 1994 über die Realisierung der Armee 95 (BRA 95; AS 1994, 1622) und über die Realisierung der Organisation der Armee 95 (RAO 95; AS 1994, 1629), geben für sich allein keine schlüssige Antwort auf diese Frage. Sie kann hier indessen offen gelassen werden, denn die Dienstverweigerung von San Sdt H. wurde durch das MAG 2A am 28. Oktober 1994 beurteilt. Nach seiner Rechtsprechung überprüft das MKG Urteile der Militärappellationsgerichte nach dem Recht, wie es gält, als diese urteilten, selbst wenn zur Zeit des Kassationsverfahrens ein für den Täter milderes Recht gelten sollte (MKGE 11 Nr. 32). Rechtsänderungen seit der Beurteilung durch das MAG 2A bleiben deshalb für das MKG unter dem Gesichtspunkt der lex mitior unbeachtlich. e) Das Militärappellationsgericht hat erwogen, dass der Beschwerdeführer in den Jahren 1993 und 1994 zum Nachholen von zwei WK hätte aufgeboten werden können, welche er zuvor wegen Auslandurlaubes nicht geleistet gehabt habe. , 368

Der Beschwerdeführer sieht darin eine falsche Gesetzesanwendung (Art. 189 Abs. 1 lit. d MStP). aa) Gemäss Art. 21 lit. p der Verordnung vom 18. Oktober 1989 über das Bestehen der Instruktionsdienste (VBI, SR 512.21) sind Dienste nachzuholen, welche wegen Auslandurlaubes nicht geleistet wurden. Nun trifft es zwar zu, dass bei Wechsel in eine folgende Heeresklasse mangels anderer gesetzlicher Regelung die Pflicht zum Nachholen nicht bestandener Dienste in der vorangegangenen Heeresklasse entfällt (Art. 26 VBI); Der Übertritt des Beschwerdeführers, geboren im Jahre 1962, in die Landwehr erfolgte aber erst Ende 1994 (Art. 35 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Militärorganisation [MO: SR 510.1 0]). Im Zeitpunkt der Verweigerung, auf den es nach dem Gesagten (vorstehend lit. b) ankommt, bestand somit noch die Pflicht zum Nachholen des versäumten Militärdienstes. Das entspricht im übrigen entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers auch der Auskunft des Bundesamtes für Adjutantur (act. 25). bb) Der Beschwerdeführer wendet ein, Art. 23 Abs. 5 VBI hätte der Nachholpflicht in den Jahren 1993 und 1994 entgegengestanden. Dies trifft nicht zu. Die genannte Bestimmung besagt, dass nicht geleistete oder nicht bestandene Dienste "in der Regel" in Jahren nachzuholen seien, in denen der Betreffende nicht nach Kurstableau einrückungspflichtig sei. Sie will zwar grundsätzlich vermeiden, dass ein Armeeingehöriger in einem Kalenderjahr mehr als den ordentlichen Dienst zu leisten hat, wenn andere, ordentlicherweise dienstfreie Jahre zur Verfügung stehen. Nichts verbietet aber der zuständigen Stelle, auch in einem Jahr mit ordentlichem Dienst zum Nachholmilitärdienst aufzubieten, wenn ein dienstliches Bedürfnis besteht, d.h. nicht zuletzt auch gerade dann, wenn ausgefallene Dienste sonst wegen Übertritt in eine folgende Heeresklasse nicht mehr nachgeholt werden könnten. d) Am 19. April 1993, auf welchen Tag der Beschwerdeführer zum verweigerten Dienst aufgeboten war, hatte er nach der somit zutreffenden Berechnung der Vorinstanz noch 140 Dienstage zu leisten. 3. Gemäss ständiger Praxis des Militärkassationsgerichtes ist das Anderthalbfache des verweigerten Militärdienstes das Regelmass für die Arbeitsleistung im

öffentlichem Interesse. Davon kann zugunsten des Verweigerers nur abgewichen werden, wenn ein entsprechender Einsatz mit Tatbeweischarakter nachgewiesen ist. In erster Linie handelt es sich dabei um freiwillige soziale Tätigkeiten, die uneigennützig geleistet werden, deren Gestaltung nicht im Belieben des Tätigen steht und welche in der Regel mindestens 30 Tage dauern (MKGE 11 Nr. 54 Erw. 2b; vom 15.6.1994 i.S. M. Erw. 3). 369

1. a) Das Militärappellationsgericht hat erwogen, dass der Beschwerdeführer in den Jahren 1984 bis 1991 auf Vermittlung des Christlichen Friedensdienstes beziehungsweise des Service Civile International freiwillige Dienste leistete, welche gesamthaft 33 Wochen dauerten. Es stellte fest, dass diese Dienstleistungen den Anforderungen an einen Tatbeweis genügen. Es rechnete ihm davon jedoch nur 43 Diensttage an mit der Begründung, dies entspreche dem Antrag seines Verteidigers. Der Beschwerdeführer rügt diese Betrachtungsweise als Ermessensmissbrauch und letzteren als Verletzung des Strafgesetzes (Art. 189 Abs. 1 lit. d MStP). Ferner verlangt er die Urteilsaufhebung, weil das Militärappellationsgericht seine Entscheidung nicht hinreichend begründet habe (Art. 189 Abs. 1 lit. e MStP).

b) Zunächst ist festzuhalten, dass der Verteidiger im Appellationsverfahren keinen ausdrücklichen Antrag stellte, dem Beschwerdeführer freiwilligen Einsatz mit Tatbeweischarakter nur im Ausmass von 43 Tagen anzurechnen. Er beantragte, die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse auf 86 Tage festzulegen, weil er von einer Gesamtdauer des verweigerten Dienstes von 86 Tagen ausging und die Auffassung vertrat, die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse sollte dem verweigerten Dienst entsprechen: Der Beschwerdeführer habe nämlich durch seine eigene, freiwillige Leistung das unter Beweis gestellt, was einem Dienstverweigerer aus ethischen Gründen sonst mit der Erhöhung auf das Anderthalbfache auferlegt werde. Beträgt die Gesamtdauer des verweigerten Dienstes jedoch, richtig berechnet, 120 Tage, so wäre der Antrag des Verteidigers so entgegengesetzt gewesen, dass die Arbeitsleistung diesem Mass entspreche; er hätte auf Anrechnung von 60 Tagen abgezielt.

e) Im übrigen bindet Art. 148 Abs. 1 MStP das Gericht nicht an die rechtliche Beurteilung der Anklage; diese Bestimmung gilt auch für das Appellationsverfahren (Art. 181 Abs. 3 MStP). In ihr kommt das Gebot richterlicher Rechtsanwendung zum Ausdruck, welches vorschreibt, das Recht in seiner Gesamtheit ohne Rücksicht auf Parteianträge anzuwenden. Das wird in Art. 182 Abs. 1 MStP - unter Vorbehalt von Absatz 2 - ausdrücklich wiederholt. Die Vorinstanz hätte sich somit bei der Bemessung der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse auch dann nicht in ihrer Kognition einschränken lassen dürfen, wenn ein entsprechender Parteiantrag gestellt worden wäre.

d) Hatte das Militärappellationsgericht die Anrechnung frei zu überprüfen, so war es verpflichtet, alle geleisteten Einsätze zu würdigen. Nachdem es die massgebende Uneigennützigkeit grundsätzlich für alle Dienste bejahte, hätte es begründen müssen, weshalb Einsätze im Jahre 1986, also knapp sieben Jahre vor der Verweigerung, unter dem Gesichtspunkt des Tatbeweises nur beschränkt anrechenbar seien. Im weiteren ist die er-

wünschte Mindestdauer pro Einsatz von 30 Tagen, welche sich nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts aus Art. 3 Abs. 4 der Verordnung des EVD vom 15. Juli 1992 über den Vollzug der Arbeitsleistung infolge Militärdienstverweigerung (VAL-EVD, SR 824.1) ergibt, nur ein Regelmass. Angesichts der Häufigkeit der freiwilligen Einsätze des Beschwerdeführers und des Umstandes, dass vier Einsätze von je 21 Tagen immerhin zwei Drittel des Richtmasses übersteigen, hätte das Militärappellationsgericht eingehender begründen müssen, weshalb es nicht mehr als 43 Tage anrechnete. Ein grösseres Ermessen,

wie es dem Sachrichter bei der Beurteilung des Tatbeweises im Zusammenhang mit Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG zusteht, erfordert eine eingehende Aus-einandersetzung mit dem Sachverhalt. Darzulegen sind alle als wesentlich erachteten Gesichtspunkte, und es sind Ausführungen über die Bedeutung zu machen, welche ihnen je einzeln für die Bemessung der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse zukommt (MKGE 11, Nr. 60 Erw. 2 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 120 IV 70 f. Erw. 2a). Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Urteil nicht. Es ist deshalb, gestützt auf Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP, aufzuheben. 4. Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde teilweise gutzuheissen. (9. Juni 1995, H. e. MAG 2A) 86. *Présomption de renonciation au relief d'un jugement rendu par défaut* (art. 157 al. 2 let. b PPM) „La voie du recours est ouverte contre les décisions relatives à la renonciation au relief d'un jugement rendu par défaut. Si le condamné dépose une déclaration de pourvoi en cassation et obtient de la chancellerie du tribunal qu'elle lui fixe un délai pour déposer un mémoire motivé à l'appui de ses conclusions en cassation, l'écriture déposée dans ce délai doit être traitée comme un recours, quand bien même elle serait tardive (confirmation de la jurisprudence). Si le condamné par défaut ne se présente pas, sans fournir d'excuse, à l'audience de relief, il est présumé avoir renoncé au relief, sans que le juge ait à procéder à un examen détaillé du dossier pour trouver des arguments justifiant éventuellement cette absence. C'est par la voie du recours que le condamné peut se prévaloir des motifs justificatifs, mais il y a lieu d'être restrictif à cet égard: une explication plus ou moins concevable ne suffit pas à renverser la présomption légale. 371

Vermutung des Verzichts auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils (Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP) Entscheide, durch die der Verzicht auf Aufhebung eines Abwesenheitsurteils angenommen wird, unterliegen dem Rekurs. Stellt ein Verurteilter statt dessen ein Kassationsbegehren und erhält er von der Gerichtskanzlei eine Frist angesetzt, um eine Kassationsbeschwerde zu begründen, so ist die innert dieser Frist eingereichte Eingabe als Rekurs entgegenzunehmen, selbst wenn sie als Rekurs verspätet wäre (Bestätigung der Rechtsprechung}. Bleibt ein im Abwesenheitsverfahren Verurteilter der Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren unentschuldigt fern, so wird sein Verzicht auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils vermutet, ohne dass der Richter in den Akten nach möglichen Entschuldigungen zu forschen hat. Solche Entschuldigungen sind, gegebenenfalls, durch Rekurs geltend zu machen, unterliegen jedoch einem strengen Massstab: Eine mehr oder weniger nachvollziehbare Erklärung genügt nicht, um die gesetzliche Vermutung umzustossen. *Presunzione de/la rinuncia alia revoca de/la sentenza contumacia/e* (art. 157. cpv. 2 lit. b PPM) *Contro le decisioni che accertano la rinuncia alia revoca della sentenza contumaciale e dato il rimedio del ricorso. Se il condannato annuncia invece un ricorso per cassazione, ottenendo così dalla cancelleria del tribunale la fissazione di un termine per motivarlo, l'allegato inoltrato entro questo termine deve essere trattato quale ricorso, quand'anche come tale fosse tardivo (conferma della giurisprudenza). Se il condannato in contumacia non si presenta ingiustificatamente al nuovo dibattimento, la sua rinuncia alia revoca della sentenza contumaciale e presunta, senza che il giudice sia tenuto a ricercare negli atti una possibile giustificazione. Una giustificazione potrà eventualmente essere fatta valere per mezzo del ricorso, ma sarà esaminata sulla base di criteri severi: una spiegazione più o meno ragionevole non basta per capovolgere la presunzione di legge. 11* *résumé du dossier: A. P ar jugement du 9 j u in 1993, le Tribunal militaire de division 1 OA- a reconnu le sdt mitr Pierre B. coupable d'insoumission (art. 81a CPM) et l'a condamné par défaut à la peine de deux mois d'emprisonnement, à l'ex-*

clusion de l'armée (art. 36 al. 2 CPM) et aux frais de la cause fixés à Fr. 800.--. Le 4 aout 1993, B. a demandé le relief de ce jugement. 11 a ensuite été ré- guliérement cité à comparaitre à une audience de relief du 25 aout 1994, à laquelle il ne s'est pas présenté, sans excuse. En conséquence, faisant 372

application de l'art. 157 al. 2 let. b PPM, le Tribunal militaire de division 10A a rendu u ne décision refusant la demande de relief et laissant les frais à la charge de la Confédération . . B. Cette décision a été notifié.e par écrit au condamné le 24 décembre 1994. Par lettre du 28 décembre 1994, son défenseur d'office a déclaré se pourvoir en cassation au nom du condamné. 11 a ensuite déposé un mé- moire motivé dans le délai de 20 jours que la chancellerie lui a imparti à cet effet. 11 y invoque expressément les motifs de cassation de l'art. 185 al. 1 let. d ete PPM. C. L'auditeur et le Président du Tribunal de division 1 OA se son t to us deux prononcés pour le rejet des conclusions du condamné. Le premier conclut principalement à l'irrecevabilité du pourvoi, subsidiairement à son rejet. Le second relève que la décision attaquée n'est pas un jugement susceptible de pourvoi en cassation; il admet cependant la recevabilité du pourvoi en tant que recours, mais conclut à son rejet sur le fond. Considérant: 1. La voie du recours au Tribunal militaire de cassation est ouverte contre les décisions des tribunaux de division et des tribunaux militaires d'appel qui refusent le relief (art. 195 let. d PPM), notamment lorsque le tribunal a présumé la renonciation du condamné par défaut qui ne s'est pas présenté à l'audience de relief {ATMC 11, no 33 et arrêts cités). Cette voie de droit n'est toutefois pas celle de la cassation (au sens de l'art. 184 et suiv. PPM) que le condamné indique dans ses mémoires, et que le Tribunal de divi- sion 1 OA a apparemment retenue, puisque la chancellerie a imparti au dé- fenseur d'office un délai de 20 jours pour déposer un mémoire motivé (se- lan la procédure prévue à l'art. 187 PPM). Le recours proprement dit, qui peut être interjeté par l'accusé ou son dé- fenseur (art. 196 PPM), doit être déposé par écrit avec motifs et conclu- sions, auprès du tribunal qui a statué, dans les vingt jours des la communi- cation écrite de la décision attaquée (art. 197 al. 1 PPM). La décision attaquée a été notifiée par écrit à l'intéressé le 24 décembre 1994. En vertu de l'art. 195 let. d PPM, elle pouvait faire l'objet d'un recours au Tribunal militaire de cassation, par le dépôt dans les 20 jours d'un acte écrit avec motifs et conclusions. Or le mémoire motivé du 30 janvier 1995 a été déposé après l'expiration du délai · de 20 jours précité et devrait donc normalement être considéré comme tardif. Quant à la déclaration du défenseur d'office du 28 décembre 1994, déposée cinq jours après la notification écrite du jugement au 373

condamné, elle ne saurait valoir comme recours, en l'absence totale de motivation. En l'espace, toutefois, l'erreur du défenseur ne saurait être im- putée au condamné, des lors que le Tribunal de division a paru admettre cette situation, en lui impartissant un (nouveau) délai de 20 jours pour mo- tiver le recours, au lieu de le rendre attentif, comme il aurait dO le faire, au fait que la voie de droit ouverte contre la décision était cene du recours de l'art. f95 et suiv. PPM. Si cela avait été fait, le recourant, qui s'était pourvu en cassation dans les 5 jours, aurait encore pu sauvegarder le délai de re- cours en déposant un acte motivé avant le 14 janvier 1995. Dans ces conditions, i l y a lieu d'admettre que le recours a été formé. en temps utile · et qu'il est recevable en la forme (ATMC 11 no 12). 2. En substance, le recourant soutient que le Tribunal de division 10A a violé 1,la loi pénale en ne tenant pas compte des informations versées au dossier, · concernant la décision de la CVS du 23 mars 1994 déclarant B. inapte au service, ainsi que du rapport remis par le. médecin d'arrondisse- ment au juge· d'instruction, aux termes duquel, au vu du rapport de l'exper- tise

psychiatrique du 9 mars 1994, l'intéressé ne devait plus être considéré comme apte au service depuis un certain temps, en raison des troubles importants de sa personnalité. Selon le recourant, cette situation aurait dû être prise en compte, d'une part pour établir que l'inaptitude au service existait déjà au moment des faits incriminés (défaut au x cours de répétition 1991/1992), d'autre part pour retenir que les difficultés d'ordre psychique éprouvées par B. à l'égard de l'armée l'avaient également empêché de se présenter à l'audience de relief, empêchant le Tribunal de considérer que son absence à cette audience valait renonciation au relief. Le recourant, précédemment condamné par défaut, ne s'est pas présenté à l'audience de relief, sans avoir adressé aucune excuse au tribunal. Selon l'art. 157 al. 2 let. b PPM, il est dès lors présumé avoir renoncé au relief. On ne saurait reprocher aux juges du Tribunal de division 1 OA de ne pas avoir tenu compte d'arguments qui auraient résulté d'un examen détaillé des pièces du dossier e\ auraient pu, éventuellement, justifier l'absence du condamné à l'audience. En effet, en l'absence du condamné, s'agissant d'une décision relative à la procédure, il était suffisant de constater le fait et d'en tirer les conséquences légales, sans avoir à examiner le dossier pour y découvrir éventuellement des motifs propres à justifier l'absence du condamné, alors que personne n'en avait fait état à l'audience. Conformément à la jurisprudence, lorsque l'excuse est présentée après l'audience, c'est-à-dire après que le Tribunal ait considéré que le condamné renonçait à sa demande de relief, la seule voie possible pour le condamné est d'attaquer la décision par la voie du recours. Il appartient alors au Tribunal militaire de cassation d'examiner si l'excuse présentée a posteriori est valable ou non (ATMC 10 no 81, consid. 2). 374

Il y a lieu d'être restrictif dans l'appréciation du caractère excusable de l'absence. En effet, celui qui demande le relief sait qu'il sera appelé à comparaître devant le Tribunal. Une négligence de sa part, même si elle peut s'expliquer par certains motifs, ne permet dès lors pas de retenir ceux-ci comme suffisants pour renverser la présomption de l'art. 157 al. 2 let. b PPM. En l'espèce, le recourant, qui avait un défenseur d'office, connaissait cette situation. Il aurait dès lors dû demander une dispense de comparution aux débats, comme le lui permettait l'art. 130 al. 3 PPM. Il a négligé de le faire; son absence ne peut être considérée comme excusable et le recours doit être rejeté. 3. Les autres motifs du recourant, ayant trait également à sa situation psychique, notamment au fait qu'il a été dispensé du service militaire et s'estime fondé à demander la révocation du premier jugement condamnatore, ne peuvent être examinés dans la présente procédure de recours, dont le seul objet est l'admissibilité ou non du relief. Ils pourraient l'être, éventuellement, dans le cadre d'une procédure de révision du jugement du 9 juin 1993 (art. 200 PPM). (9 ju in 1995, B. e. T ri b div 1 OA) 87. Refus du service armé puis refus de toute forme de service militaire (art. 81 eh. 2bis al. 2 CPM) · Pour appliquer l'art. 81 eh. 2bis al. 2 CPM, il faut que les convictions de l'auteur l'entraînent uniquement à refuser un service armé pour des motifs éthiques. Si les convictions d'une personne ayant à l'origine refusé le service armé, évoluent de telle sorte qu'elle refuse désormais le service militaire en tant que tel, ce refus de servir général tombe sous le coup des dispositions réprimant ce comportement, et non pas sous le coup de l'art. 81 eh. 2bis al. 2 CPM, qui renvoie sans autre à l'art. 81 eh. 1 CPM. Conformément à l'art. 81 eh. 2 CPM, l'auteur pourra ainsi, en se fondant sur des valeurs éthiques fondamentales, faire valoir qu'il ne peut concilier le service militaire en tant que tel avec les exigences de sa conscience. Waffendienstverweigerung und spätere allgemeine Dienstverweigerung (Art. 81 Ziff. 2bis Abs. 2 MStG) Eine Bestrafung nach Art. 81 Ziff. 2bis Abs. 2 MStG setzt voraus, dass sich die Überzeugung des Täters weiterhin darauf beschränkt, aus ethischen Gründen keinen bewaffneten Militärdienst leisten zu 375

können. Richtet sich die Überzeugung eines Waffendienstverweigerers später gegen den Militärdienst als solchen und verweigert er die- . se n fortan, so beurteilt sich die nunmehr allgemeine Dienst- verweigerung nach den hierfür geltenden Bestimmungen, und nicht nach Art. 81 Ziff. 2bis Abs. 2 MStG und damit ohne weiteres nach Art. 81 Ziff. 1 MStG. Im Sinn von Art. 81 Ziff. 2 MStG kann der Täter deshalb unter Berufung auf ethische Grundwerte darlegen, den Militärdienst als solchen nicht mit seinem Gewissen vereinbaren zu können. Rifiuto de/ servizio militare armato e successivo generico rifiuto de/ servizio (art. 81 cfr. 2bis cpv. 2 CPM). Una condanna in applicazione dell'art. 81 cfr. 2bis cpv. 2 CPM presuppone che la convinzione dell'autore resti limitata al fatto di non poter prestare servizio militare armato per motivi etici. Se in seguito le convinzioni di colui che ha originariamente rifiutato il servizio armato si estendono fino a comprendere il servizio in quanto tale, tanto da rifiutarlo, a questo generico rifiuto del servizio si applicano direttamente le relative norme e non l'art. 81 cfr. 2bis cpv. 2 CPM, che a sua volta rinvia esclusivamente all'art. 81 cfr. 1 CPM. Pertanto, conformemente all'art. 81 cfr. 2 CPM, all'autore che si appella a valori etici fondamentali e data facoltà di render verosimile l'inconciliabilità del servizio militare come tale con la propria coscienza. 11 résulte du dossier: A. G. a été convoqué à l'ER san 67/91. 11 est entré en service le 25 février 1991; il a alors refusé de prendre une arme, tout en se montrant d'accord d'accomplir le service militaire. Par jugement rendu le 31 octobre 1991, le Tribunal militaire de division 1 OA l'a reconnu coupable de refus de servir, au sens de l'art. 81 eh. 2bis CPM, et il l'a affecté au service sans arme. -La cour a retenu en particulier que "la seule pensée d'accomplir un service armé était insupportable" à G., que ce dernier était "fondamentalement un non-violent" et que, pour des motifs reposant sur des valeurs éthiques fondamentales, il ne pouvait concilier le service armé avec les exigences de sa conscience. B. G. a été convoqué à l'ER san 266/93, pour un service non armé. 11 a fait défaut, en indiquant refuser désormais tout service militaire, même non armé. Le Tribunal militaire de division 1 l'a reconnu coupable de refus de servir au sens de l'art. 81 eh. 1 CPM et l'a condamné à la peine de sept mois d'emprisonnement ainsi qu'à l'exclusion de l'armée. Dans son arrêt du

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.