

MKGE 11 Nr. 88

Mkg, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_11_Nr_88

FR: ATMC 11 n° 88

IT: STMC 11 n. 88

Erwägungen

E. 6

Le recourant considère que des constatations de fait essentielles du jugement sont en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (articles 185, alinéa 1, lettre f PPM). Comme l'indique clairement la disposition légale citée, ce motif de cassation n'est réalisé que si les contradictions concernent des constatations de fait essentielles. Dans une argumentation particulièrement laborieuse, le recourant tente longuement de faire apparaître quelques contradictions dans le jugement attaqué. En fait, sur le seul point litigieux, à savoir la motivation du refus de

servir, les faits essentiels allégués par le recourant ont été retenus par le Tribunal militaire d'appel à savoir: - que le recourant a connu en qualité de journaliste les horreurs de la guerre; - qu'il a acquis la conviction que le journaliste pouvait jouer un rôle essentiel dans la lutte contre les violations des droits de l'homme, en dénonçant les exactions à l'opinion publique mondiale; - qu'il estime en conséquence plus utile, en situation de guerre, d'être journaliste plutôt que soldat; - qu'il pense que le journaliste doit être indépendant de toute institution étatique, ce qui exclut, à son avis, son appartenance à l'armée. Sur ce grief, le recourant s'en prend plutôt aux conclusions que le tribunal a tirées de cet état de fait. Il faut d'ailleurs constater, si l'on examine le dossier dans son ensemble, que les éléments essentiels qui en ressortent sont bien ceux mentionnés par le Tribunal militaire d'appel. On ne constate en tout cas aucune contradiction portant sur un fait essentiel pour le jugement. Ce grief est donc infondé.

E. 7

Le recourant fait en outre valoir que l'article 81 du CPM, en particulier la définition de l'objection de conscience à l'article 81, chiffre 2 du CPM, violerait les articles 9 et 10 CEDH ainsi que l'article 55 Cst.

E. 11

Le recourant soutient pour terminer que la peine serait arbitrairement sévère. La cassation ne peut être prononcée qu'en cas de violation de la loi pénale (article 185, alinéa 1, lettre d PPM). Or, l'article 44 du CPM donne au juge un large pouvoir d'appréciation dans la fixation de la peine (ATMC du 16 juin 1988 en la cause R., consid. 2). Cette disposition pénale ne peut être considérée comme violée qu'en cas d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation. Le Tribunal militaire de cassation n'a donc pas à substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité inférieure. En l'espèce, si l'on tient compte de la condamnation antérieure, de la pluralité des infractions commises, ainsi que de, l'ensemble des circonstances énoncées à juste titre dans le jugement attaqué, la peine de quatre mois d'emprisonnement prononcée par l'autorité inférieure ne peut pas être qualifiée d'insoutenable. Il doit être rappelé que le Tribunal militaire d'appel peut revoir librement

tous les éléments de fixation de la peine, sous réserve de l'interdiction de la re-formatio in peius. La prise en considération du service que le recourant n'aura pas à effectuer du fait de son exclusion de l'armée est conforme à la jurisprudence (ATMC 9 no 144; ATMC 11 no 6, consid. 4).

E. 12

11 résulte de ce qui précède que le pourvoi en cassation formé par M. doit être rejeté et le jugement du 17 mars 1989 confirmé. Des lors, il y a lieu de mettre les frais de la procédure de cassation à la charge du recourant (article 193, alinéa 2 PPM). (4 décembre 1989, M. e. TMA 18) 20. Unzulässige zweitinstanzliche Bestrafung eines Wehrmannes wegen vorsätzlichen Dienstversäumnisses, der erstinstanzlich wegen fahrlässigen Dienstversäumnisses bestraft worden ist, wenn sich die Appellation des Auditors einzig gegen die erstinstanzliche Annahme eines leichten Falls richtet (Art. 148, Art. 174 Abs. 1, Art. 182 Abs. 2 und Art. 185 Abs. 1 Bst. e sowie Abs. 2 MStP) Wird ein Wehrmann, unter Annahme eines leichten Falls, disziplinarisch bestraft wegen fahrlässigen Dienstversäumnisses, anerkennt der Auditor die rechtliche Würdigung der Tat als fahrlässiges Dienstversäumnis und beschränkt er die Appellation auf die Frage des leichten Falls, so verletzt das Militärappellationsgericht wesentliche Verfahrensvorschriften, wenn es den betreffenden Wehrmann wegen vor-

sätzlichen Dienstversäumnisses verurteilt; denn die Frage, ob vorsätzliches oder fahrlässiges Dienstversäumnis gegeben sei, gehört nicht mehr zum Appellationsthema. Durch die Verurteilung wegen vorsätzlichen Dienstversäumnisses wird deshalb das Appellationsthema zuungunsten des Angeklagten ausgedehnt und insofern das Verbot der reformatio in peius missachtet. Wenn der Präsident des Militärappellationsgerichts den Parteien zuvor im Sinn von Art. 148 MStP eröffnet, dass das Gericht eine Verurteilung wegen vorsätzlichen Dienstversäumnisses in Betracht ziehe und der Verteidiger geltend macht, der Auditor habe die Appellation auf die Frage des leichten Falls beschränkt, so ist der Verteidiger der Rügepflicht im Sinn von Art. 185 Abs. 2 MStP nachgekommen. Lorsque l'appel de l'auditeur vise exclusivement l'admission d'un cas de peu de gravité en première instance, les juges d'appel ne sauraient condamner pour insoumission intentionnelle un militaire reconnu coupable d'insoumission par négligence en première instance (art. 148, art. 174 al. 1, art. 182 al. 2 et art. 185 al. 1 lettre e et al. 2 PPM) Lorsqu'un militaire reconnu coupable d'insoumission par négligence est puni disciplinairement, les premiers juges ayant admis qu'on s'agissait d'un cas de peu de gravité, et que l'auditeur reconnaît la qualification de l'acte en tant qu'insoumission par négligence et limite de ce fait son appel à la question du cas de peu de gravité, le Tribunal militaire d'appel viole des dispositions essentielles de la procédure s'il condamne ce militaire pour insoumission intentionnelle. Dans un tel cas, en effet, la question de la qualification en tant qu'insoumission intentionnelle ou en tant qu'insoumission par négligence ne fait pas l'objet de l'appel. Des lors, en reconnaissant le militaire coupable d'insoumission intentionnelle, le tribunal d'appel étend la portée de l'appel au détriment de l'accusé et viole ainsi la prohibition de la re-formatio in peius. Lorsque le président du Tribunal militaire d'appel a informé au préalable les parties, conformément à l'art. 148 PPM, que le tribunal envisageait une condamnation pour insoumission intentionnelle, et que le défenseur a fait valoir que l'auditeur avait limité l'appel à la question du cas de peu de gravité, le défenseur s'est dument acquitté de son obligation de signaler l'irrégularité conformément à l'art. 185 al. 2 PPM. Ne/ caso in cui l'appello dell'uditore e diretto

unicamente contro l'ammissione di un caso poco grave in prima istanza, i giudici di appello non possono condannare per omissione intenzionale del servizio un milite riconosciuto colpevole di omissione del servizio per negligenza in prima istanza (art. 148, art. 174 cpv. 1, art. 182 cpv. 2 e art. 185 cpv. 1 lett. e e cpv. 2 PPM) 77

Nel caso in cui un milite, riconosciuto colpevole di omissione del servizio per negligenza, viene punito disciplinarmente ammettendo un caso poco grave e l'uditor, ammettendo la qualifica giuridica dell'atto quale omissione per negligenza, limiti il proprio appello alla questione del caso poco grave, il Tribunale militare d'appello viola disposizioni essenziali di procedura se condanna questo milite per omissione intenzionale del servizio; in un simile caso la questione a sapere se si tratti di omissione intenzionale o per negligenza non è più materia dell'appello. Con la condanna per omissione intenzionale del servizio il tema dell'appello viene esteso a pregiudizio dell'accusato, violando così il divieto della reformatio in peius. Quando il presidente del tribunale d'appello informi preliminarmente le parti, conformemente all'art. 148 PPM, che il tribunale prende in considerazione una condanna per omissione intenzionale del servizio e il difensore faccia valere che l'uditor ha limitato l'appello alla questione del caso poco grave, il difensore si è compiutamente conformato al suo obbligo di segnalare l'irregolarità, conformemente all'art. 185 cpv. 2 PPM. Aus den Erwägungen: 1. a) Die Kassation wird u.a. ausgesprochen, wenn während der Hauptverhandlung wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt worden sind, sofern dem Beschwerdeführer dadurch ein Rechtsnachteil entstanden ist (Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP). In diesem Falle kann die Kassation allerdings nur dann begehrt werden, wenn die Partei während der Hauptverhandlung einen entsprechenden Antrag gestellt oder den Mangel gerügt hat (Art. 185 Abs. 2 MStP). Gemäss Art. 174 Abs. 1 MStP kann die Appellation auf einen Teil des Urteils beschränkt werden; dabei handelt es sich um einen teilweisen Rückzug eines Rechtsmittels, der vom Zeitpunkt an, da er ausgesprochen wird, als endgültig zu betrachten ist (vgl. MKGE 1985 Nr. 5 Erw. 1). Art. 182 MStP, der bestimmt, dass die Appellationsinstanz bei der Neuurteilung der Strafsache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei ist, findet seine Anwendung bloss in dem Umfang, als die Appellation erklärt worden ist (MKGE 1985 Nr. 5 Erw. 1). In diesem Rahmen ist alsdann das Verbot der reformatio in peius zu beachten (Art. 182 Abs. 2 MStP). b) Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften im Sinne von Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP geltend. Er wirft der Vorinstanz vor, sie habe ihre Kognitionsbefugnis überschritten, indem sie die durch den Auditor auf die Frage, ob es sich bei dem fahrlässigen Dienstversäumnis um einen leichten Fall handle oder nicht, eingeschränkte Appellationsthematik missachtete. So habe sie ihn wegen vorsätzlichen

Dienstversäumnisses verurteilt und damit den Appellationsgegenstand entsprechend ausgeweitet. Dies sei aber im Hinblick auf Art. 174 Abs. 1 i. V. mit Art. 182 MStP unzulässig. Es ist unbestritten, dass der Auditor die Würdigung der tatsächlichen Dienstversäumnis anerkannte und die Appellation auf die Frage nach dem Vorliegen eines leichten Falles einschränkte (vgl. Protokoll über die Hauptverhandlung vom 6. Dezember 1989, act. 48, S. 1). Eine derartige Beschränkung ist als endgültig zu betrachten. Nachdem der Präsident des Militärappellationsgerichtes den Parteien gestützt auf Art. 148 MStP eröffnet hatte, dass das Gericht eine Verurteilung wegen vorsätzlichen Dienstversäumnisses in Betracht ziehe, machte der amtliche Verteidiger geltend, dass die Appellation durch den Auditor eingeschränkt worden sei. Damit rügte er sinngemäss die durch den Präsidenten des Militärappellationsgerichtes in Aussicht gestellte Ausdehnung des

Appellationsgegenstandes . . Somit steht fest, dass der Angeklagte der in Art. 185 Abs. 2 MStP stipulierten Rügepflicht anlässlich der Hauptverhandlung nachgekommen ist. Da nun der Auditor das Appellationsthema auf die Frage nach dem Vorliegen eines einfachen Falles beschränkte, war es der Vorinstanz verwehrt, den Appellationsgegenstand auf die Frage auszudehnen, ob vorsätzliches an- statt fahrlässiges Dienstversäumnis gegeben sei. Dadurch, dass die Vorinstanz sich über diese gemäss Art. 174 Abs. 1 i.V. mit Art. 82 Abs. 1 MStP massgebenden Verfahrensgrundsätze hinwegsetzte, indem sie den Beschwerdeführer wegen vorsätzlichen Dienstversäumnisses bestrafte, erfüllte sie die den Kassationsgrund gemäss Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP. Das angefochtene Urteil ist daher gemäss Art. 190 MStP aufzuheben, die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen zwecks Beurteilung der Frage, ob es sich bei dem Angeklagten vorgeworfenen fahrlässigen Dienstversäumnis um einen leichten Fall handelt es sich nicht. (18. Juni 1990, R. e. MAG 28) 21. L'impression faite par l'accusé sur le juge pendant les débuts est un élément d'appréciation important, mais nullement le critère exclusif permettant d'apprécier si et à quel point il faut accorder le sursis à l'exécution de la peine, l'octroi du sursis n'est pas exclu d'application en cas de condamnation par défaut (art. 32 eh. 1 al. 1 CPM) Pour apprécier si les antécédents et le caractère du condamné font prévoir que le sursis le détournera de commettre d'autres crimes ou délits, le juge tient compte de tous les éléments déterminants qui lui sont connus. L'impression personnelle que le juge retire de l'attitude de l'accusé pendant les débats est l'un de ces éléments. Cependant, 79

le défaut de l'accusé pendant les débats n'est pas en soi un obstacle excluant d'emblée l'octroi du sursis, lorsque les pièces du dossier contiennent des éléments suffisants justifiant l'octroi de cette mesure. L'octroi du sursis n'est pas une faveur accordée de manière discrétionnaire par le tribunal, mais constitue un droit auquel l'accusé peut prétendre dès lors que sont réunies les conditions légales pour l'octroi de cette mesure. Persönlicher Eindruck des Richters vom Verurteilten als erheblicher, aber nicht einziger Umstand im Hinblick auf die Gewährung des bedingten Strafvollzugs; Gewährung des bedingten Strafvollzugs im Abwesenheitsverfahren nicht von vornherein ausgeschlossen { Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MS.tG) Um zu würdigen, ob Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde durch den bedingten Strafvollzug von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten, trägt der Richter allen ihm bekannten erheblichen Umständen Rechnung. Zu diesen Umständen gehört der persönliche Eindruck, den er an der Hauptverhandlung vom Verurteilten gewinnt. Doch bildet dessen Abwesenheit als solche keinen Grund, den bedingten Strafvollzug von vornherein zu verweigern, sofern die Akten hinreichende Anhaltspunkte dafür vermitteln, ihn zu gewähren. Der bedingte Strafvollzug entspringt nicht freiem richterlichem Ermessen, sondern dem Anspruch eines Verurteilten, der die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt. Impressione fatta dall'accusato al giudice durante i dibattimenti quale elemento d'apprezzamento rilevante, ma non esclusivo, per la concessione della sospensione condizionale; di principio non è esclusa la concessione della sospensione condizionale della pena in un procedimento contumaciale (art. 32 cfr. 1 cpv 1 CPM) Per giudicare se i precedenti e il carattere del condannato lasciano supporre che la sospensione condizionale lo tratterrà dal commettere nuovi crimini o delitti, il giudice tiene conto di tutti gli elementi rilevanti che gli sono conosciuti. A questi elementi appartiene l'impressione personale avuta sul condannato durante i dibattimenti. La sua mancata comparsa non costituisce comunque come tale motivo per negare di principio la sospensione condizionale della pena, qualora dagli atti si possano desumere sufficienti elementi per concedere questo provvedimento. la sospensione condizionale della pena non

dipende dai libero apprezzamento del giudice, ma costituisce un diritto del condannato che adempie le condizioni legali per la sua concessione. . 80

Considérant: 2.a) Le recourant invoque une violation de la loi pénale (article 185, alinéa 1, lettre d PPM). Se fondant sur l'opinion exprimée par une partie de la doctrine, il soutient que le juge ne devrait jamais octroyer le sursis à un condamné qu'il n'a pas vu et dont il n'a pas pu scruter la personnalité (Paul Logoz, Commentaire du Code pénale suisse, partie générale, 1976, p. 235). b) Selon l'article 32, chiffre 1 CPM, le juge pourra suspendre l'exécution d'une peine privative de liberté inférieure à dix-huit mois mais si les antécédents et le caractère du condamné font prévoir que cette mesure le détournera de commettre d'autres crimes ou délits. Il est de jurisprudence constante qu'au moment d'établir un pronostic, le juge doit tenir compte de tous les éléments d'appréciation dont il dispose. Parmi ces éléments figura l'impression faite aux débats. Si l'attitude du condamné révèle parfois un défaut de caractère qui exclut l'octroi du sursis (cf. Kurt Hauri, Militarstrafgesetz, Kommentar, 1983 ad art. 32, no 28/29), le juge tombera cependant dans l'arbitraire s'il fonde le refus du sursis uniquement sur une déclaration ambiguë faite aux débats (ATMC M. du 30.9.76, c.1) ou sur l'impression défavorable faite par un accusé à l'attitude militaire (ATMC B. du 17.3.78, c.2). L'impression faite aux débats n'est donc pas déterminante. Elle n'est qu'un des éléments permettant au Tribunal d'établir le pronostic relatif au comportement futur du condamné. Il appartient au juge d'apprécier s'il est suffisamment renseigné par les déclarations faites au cours de l'enquête et par les autres indications figurant au dossier. Si une jurisprudence cantonale ancienne excluait l'octroi du sursis en cas de condamnation par défaut, c'était soit parce qu'il était admis que le jugec était dans l'impossibilité de déterminer le caractère de l'intéressé (BJP 1947, no 85), soit parce que sa fuite excluait un pronostic favorable (BJP, 1943, no 265). Le législateur aurait-il voulu priver le défaillant du sursis qu'il n'aurait pas manqué de le déclarer expressément. Sous l'empire de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale pour l'armée fédérale (OJPPM), abrogée le 1er janvier 1980 lors de l'entrée en vigueur de la loi sur la procédure pénale militaire, l'acquittement d'un prévenu défaillant était exclu. Selon l'article 166 OJPPM, l'accusé devait être condamné par défaut s'il existait des preuves suffisantes contre lui. Dans le cas contraire, la procédure devait être abandonnée. Actuellement, en vertu de l'article 155, alinéa 2 PPM, la procédure ne doit être suspendue que si l'on ne peut établir ni la culpabilité, ni l'innocence de l'accusé. Lorsque l'administration des preuves fournit au Tribunal des élé-

ments suffisants pour qu'il prononce la sentence, la comparution de l'accusé n'est pas nécessaire et le défenseur d'office est à même de sauvegarder ses intérêts. Ainsi, dans la procédure par défaut, le jugement doit pouvoir absoudre aussi bien que condamner (article 155, alinéa 3 PPM; Message du Conseil fédéral du 7 mars 1977, FF 1977 11 p. 95). Pour fixer la peine, le Tribunal doit tenir compte des mobiles, des antécédents, de la situation personnelle et de la conduite au service militaire du condamné (article 44 CPM). Dans la procédure par défaut, le Tribunal doit se contenter des éléments du dossier pour déterminer la quotité de la peine, sinon toute condamnation par défaut serait exclue. Un pronostic sur l'effet que déploiera le sursis résulte aussi d'une appréciation des antécédents et du caractère du condamné. Les antécédents ressortent du dossier et non de l'audition de l'accusé par le Tribunal. Quant au caractère, les éléments du dossier permettent généralement de le cerner, tout autant que l'impression faite par l'accusé au Tribunal lors de sa comparution. Puisque la présence de l'accusé aux débats n'est pas indispensable pour que le Tribunal se

prononce sur sa culpabilité, il n'y a aucune raison de l'exiger pour que le Tribunal examine la question du sursis. En l'espèce, les juges avaient connaissance des déclarations de l'intimé au cours de l'enquête et le dossier contenait des renseignements militaires et civils permettant d'apprécier d'une manière satisfaisante ses antécédents et son caractère. Se fondant sur ces éléments, le Tribunal a considéré comme établi que le défaut de l'intimé à son cours de répétition s'expliquait par sa situation familiale difficile intervenue peu de temps avant qu'il ne doive accomplir son service et qu'il était pas opposé, par principe, à l'exécution de ses devoirs militaires auxquels il s'engageait à se soumettre à l'avenir. Se référant à l'absence d'inscription au casier judiciaire et aux renseignements civils recueillis sur le compte de l'intimé, le Tribunal a estimé qu'il respectait, d'une manière générale, l'ordre légal et que les faits reprochés ne pouvaient pas être considérés comme le résultat d'une propension durable à la délinquance. A lui seul, le défaut de l'accusé - par ailleurs cité par voie édictale - n'était donc pas un obstacle à l'octroi du sursis. En résumé, l'absence de l'accusé aux débats ne le prive pas de la faculté de bénéficier du sursis dont il faut rappeler qu'il n'est pas une faveur accordée d'une manière discrétionnaire par le Tribunal, mais un droit auquel l'accusé peut prétendre s'il réalise les conditions auxquelles son octroi est lié. 1 (20 septembre 1990, B. e. Trib div 2) 82

22. Zulassung des Rekurses gegen ein abgelehntes Ausstandsbegehren; Abgrenzung zwischen Prozessvorbereitung und befangenheitsbegründendem Verhalten eines Gerichtspräsidenten (Art. 195 MStP; Art. 34 Bst. b und Art. 36 Abs. 1 MStP). Zulässigkeit des Rekurses gegen die Verfügung eines ausserordentlichen Divisionsgerichtspräsidenten, durch die ein gegen den ordentlichen Divisionsgerichtspräsidenten gerichtetes Ausstandsbegehren abgelehnt wird; Bestätigung der Rechtsprechung. Entnimmt ein Gerichtspräsident einer Aktennotiz, ein Angeklagter neige dazu, mit Ausreden Einvernahmen zu verhindern, und weist er im Hinblick auf eine Vorladung des Angeklagten auf die prozessualen Folgen solchen Verhaltens hin, so ist er deswegen nicht befangen, auch wenn sich der Angeklagte zur fraglichen Aktennotiz im Untersuchungsverfahren nicht hat äussern können; denn der Angeklagte kann immer noch vor dem urteilenden Gericht die Richtigkeit der fraglichen Aktennotiz bestreiten und deren Überprüfung im Beweisverfahren beantragen. Der Hinweis des Gerichtspräsidenten, dass das Gericht ohne den Angeklagten verhandeln würde, falls er ausbleiben sollte, bedeutet lediglich, dass der Gerichtspräsident das Erscheinen des Angeklagten nicht für unerlässlich erachtet: das nötigenfalls aufgrund der Akten ein Abwesenheitsurteil gefällt werden könnte. Die Überlegungen, die zu dieser Feststellung führen, gehören zur Vorbereitung einer Hauptverhandlung und begründen keine Befangenheit des Gerichtspräsidenten. Als befangen gilt ein Richter nur dann, wenn er durch Umstände, die ausserhalb des Verfahrens liegen, zugunsten einer Partei eingenommen erscheint, nicht schon, wenn er sich im Verfahren zu einer bestimmten Sachfrage eine Meinung gebildet hat, die jener der ablehnenden Partei entgegensteht; Bestätigung der Rechtsprechung. Recevabilité d'un recours contre la décision rejetant une demande de récusation; délimitation entre des actes liés à la préparation d'une procédure et un comportement d'un président de tribunal de nature à lui donner l'apparence de prévention dans le proces {art. 195 PPM; art. 34 lettre b et art. 36 al. 1 PPM) Recevabilité d'un recours contre la décision du président extraordinaire d'un tribunal de division, par laquelle une demande de récusation dirigée contre le président ordinaire du tribunal de division est rejetée; confirmation de jurisprudence. Lorsque le président du tribunal déduit d'une notice figurant au dossier que l'accusé tend à se soustraire aux citations sous divers prétextes, et qu'il appelle l'attention

de l'accusé, dans une citation à comparaître, sur les conséquences procédurales d'une telle attitude, 83

il n'en résulte pas pour autant que le président puisse être suspecté de prévention .. Il en est ainsi même si l'accusé n'a pas eu l'occasion de se déterminer en cours d'enquête sur la notice en question qui figure au dossier; en effet, l'accusé conserve la faculté, pendant les débats devant le tribunal, de contester l'exactitude de la notice et de demander qu'elle soit réexaminée dans le cadre de la procédure d'administration des preuves. La remarque du président du tribunal, précisant que le tribunal rendrait son jugement même en l'absence de l'accusé, signifie simplement que le président considère que la comparution de l'accusé n'est pas indispensable et que, le cas échéant, le tribunal pourrait prononcer un jugement par défaut sur la base des pièces du dossier. Les réflexions ayant amené cette constatation font partie des actes préparatoires de l'audience principale et ne sont pas de nature à fonder une apparence de prévention du président du tribunal. Un juge ne peut être suspecté de prévention que s'il existe des circonstances extérieures à la procédure qui sont de nature à lui donner l'apparence de prévention dans le procès, mais non pas seulement parce qu'il s'est formé, sur un élément de fait, une opinion divergeant de celle de la partie qui demande la récusation; confirmation de jurisprudence. Ammissibilità di un ricorso contro la decisione di rigetto di una domanda di ricusa. Delimitazione tra preparazione dei dibattimenti e comportamento giustificante la ricusa di un presidente di tribunale. (art. 195 PPM; art. 34 lett. b e art. 36 cpv. 1 PPM) Ammissibilità del ricorso contro la decisione del presidente straordinario di un tribunale di divisione, con la quale è stata respinta una domanda di ricusa diretta contro il presidente ordinario del tribunale di divisione; conferma della giurisprudenza. Nel caso in cui il presidente di un tribunale evinca da una nota figurante agli atti che un accusato tende a sottrarsi agli interrogatori con diversi pretesti e lo renda attento sulle conseguenze processuali di simili comportamenti nell'ambito di una citazione dell'accusato, appare non e per questo prevenuto nei suoi confronti. Ciò vale anche se nell'ambito dell'istruzione l'accusato non ha avuto la possibilità di esprimersi sulla nota relativa figurante agli atti; infatti, l'accusato conserva ancora la facoltà di contestare dinanzi al tribunale l'esattezza della nota e di richiedere che sia riesaminata nell'ambito della procedura probatoria. La precisazione del presidente che il tribunale terrebbe i dibattimenti anche in caso di assenza dell'accusato, significa semplicemente che il presidente non ritiene indispensabile la sua comparsa e che, se del caso, il tribunale potrebbe procedere ad un giudizio contumaciale sulla base degli atti. Le riflessioni che conducono a questa constatazione 84

fan no parte della preparazione del dibattimento e non fondano alcuna prevenzione del presidente del tribunale. Un giudice può essere considerato prevenuto solo qualora da circostanze esterne al procedimento appaia prevenuto nei confronti di una parte e non già se su di un elemento di fatto si sia formata un'opinione diversa da quella della parte che ne chiede la ricusa; conferma della giurisprudenza. Aus dem Sachverhalt: A. Mit Untersuchungsbefehl vom 20. Juli 1989 ist gegen Uem Sdt B. wegen Nichteinrückens in den WK 1988 und Nichterfüllens der Inspektions- und Schiesspflicht 1988 eine Voruntersuchung angeordnet worden. Am 5. Januar 1990 hat der Auditor Divisionsgericht 12 gegen B. wegen wiederholten vorsätzlichen Dienstversäumnisses Anklage erhoben und zudem die Durchführung des Widerrufsverfahrens beantragt. B. Am 8. März 1990 hat Uem Sdt B. gegen den ordentlichen Präsidenten des Divisionsgerichtes 12, Oberstlt Bertschi, gemäss Art. 34 lit. b MStP ein Ablehnungsbegehren gestellt. Mit Verfügung vom 27. April

1990 ist die Beschlusse vom Präsidenten des Divisionsgerichtes 12 abgewiesen worden. C. Gegen diese Verfügung vom 27. April 1990 erhebt B. fristgerecht Rekurs an das Militärkassationsgericht. Er beantragt die Gutheissung des Ablehnungsantrages unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Bundeskasse. Der Präsident beantragt die Abweisung des Rekurses. Aus den Erwägungen: 1. Wie das MKG in MKGE 1986 Nr. 6 festgehalten hat, steht zur Überprüfung des Entscheid eines Divisionsgerichtes über die Befangenheit eines seiner Mitglieder weder die Appellation, noch in aller Regel die Kassationsbeschwerde zur Verfügung. Dagegen ist angesichts der grundlegenden Bedeutung des Grundsatzes des unabhängigen und unversehrten Richters der Rekurs zulässig, auch wenn dieser sonst gegen erstinstanzliche Vor- und Zwischenentscheidungen regelmässig nicht ergriffen werden kann. In seinem Entscheid vom 22. September 1989 i.S. F. hat das MKG den Anwendungsbereich von Art. 34 MStP in dem Sinne als umfassend bezeichnet, als von dieser Gesetzesbestimmung nicht nur der Sach-, sondern auch der Untersuchungsrichter erfasst wird. Ohne Bedeutung müsste somit bleiben, dass unter Umständen über das Ablehnungsgesuch nicht das Divisionsgericht als Kollegialbehörde, sondern der Präsident des Divisionsgerichtes entscheidet. Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar um die Ablehnung des ordentlichen Präsidenten der ersten Instanz, indessen 85

ist nicht anlässlich der Hauptverhandlung über die Ablehnung befunden worden, sondern durch den vom Oberauditor der Armee bezeichneten ausserordentlichen Präsidenten des Divisionsgerichtes 12. Auch unter diesen Umständen ist der Rekurs als zulässig zu betrachten. 2. Uem Sdt B. beharrt weiterhin auf seiner Auffassung, das Schreiben vom 18. Januar 1990 (act. 18), das ihm Oberstlt Bertschi in seiner Eigenschaft als zukünftig vorsitzender Richter der ersten Instanz habe zukommen lassen, begründe mindestens den Anschein der Befangenheit. Es hatte im wesentlichen folgenden Inhalt: "Die Hauptverhandlung gegen Sie habe ich auf Mittwoch, den 21. März 1990, 1030 Uhr, in Zürich angesetzt. Dies als Voranmeldung, die eigentliche Vorladung wird Ihnen später zugestellt. Da ich aufgrund der vorliegenden Akten den Eindruck gewonnen habe, dass Sie Vorladungen nicht allzu gerne Folge leisten, möchte ich Ihnen bereits heute mitteilen, dass eine Verschiebung dieses Termins nicht in Frage kommt. Die Fakten sind so klar, dass auch in Ihrer Abwesenheit verhandelt werden könnte; vorbehalten ist selbstverständlich eine polizeiliche Zuführung, falls Sie der Vorladung keine Folge leisten möchten. In Ihrem Interesse möchte ich Ihnen indessen den Rat geben, sich den Termin auf jeden Fall freizuhalten." 3. Der Rekurrent macht geltend, in diesem Schreiben werde ihm zu Unrecht ein Verhalten vorgeworfen, das den ordentlichen Gang der Justiz behindere. Nachdem sich aber ein solcher Vorwurf nicht begründen lasse, hätte der über das Ablehnungsbegehren entscheidende Richter die negative Einstellung des erstinstanzlichen Gerichtsvorsitzenden gegen den Angeklagten als Befangenheit würdigen müssen. Die Vorinstanz habe selber einräumen müssen, dass sich das einmalige Fernbleiben von einer untersuchungsrichterlichen Einvernahme im laufend-militärgerichtlichen Verfahren mit einem ärztlichen Zeugnis habe rechtfertigen lassen. Es könne aber nicht angehen, dass sich der Präsident des Divisionsgerichtes 12 auf eine blosses Aktennotiz des Untersuchungsrichters beziehe, wonach B. in einem gleichzeitig laufenden nichtmilitärischen Strafverfahren "immer wieder mit allen Ausreden Einvernahmetermine verhindere". Der Inhalt dieser Aktennotiz müsse vom Rekurrenten bestritten werden. Oberstlt Bertschi hätte den entsprechenden Vorwurf mindestens selber nachprüfen müssen, nachdem dem Rekurrenten in der militärgerichtlichen Voruntersuchung nie Gelegenheit

gegeben worden sei, hiezu Stellung zu nehmen. 4. Es trifft zu, dass der Hinweis der Bezirksanwaltschaft Zürich auf die Verhinderung von Einvernahmen in einem Parallelstrafverfahren (Aktennotiz des Untersuchungsrichters vom 1. Dezember 1989 in act. 14/5) den Angeklagten nicht im allerbesten Licht erscheinen lässt. Daraus aber auch gleich auf eine vorgefasste Meinung bezüglich des zu erwartenden Sachurteils seitens des ordentlichweise als Gerichtsvorsitzender amtierenden 86

Präsidenten des Divisionsgerichtes 12 zu schliessen, geht nicht an. Es steht Uem Sdt ~. ohne weiteres die Möglichkeit offen, da~ erstinstanzlich urteilende Gericht darauf aufmerksam zu machen, dass es sich hier um eine nicht weiter belegte tatsächliche Feststellung handle, die weder für die Beurteilung der militärischen Straftat, noch hinsichtlich der Person des Angeklagten Beachtung finden dürfe; dies müsse mindestens so lange gelten, als der Vorwurf nicht aufgrund eines Beweisverfahrens erstellt sei. 5. Gestützt auf das Schreiben vom 18. Januar 1990 darf dem Präsidenten des Divisionsgerichtes 12 auch nicht generell vorgeworfen werden, er werde nicht in der Lage sein, bewiesene und unbewiesene Tatsachen zu unterscheiden. Der erwähnte Brief beinhaltet vorab eine Warnung und einen Hinweis auf die möglichen Folgen bei Nichterscheinen zur Hauptverhandlung. Freilich hat diese Warnung ihren Grund in einem Aktenvermerk, der nicht Gegenstand des Beweisverfahrens bildete. Wenn dennoch festgehalten wird, dass Art. 131 MStP die polizeiliche Vorführung vorsieht, so ist dies nicht einer Verurteilung, die sich auf unbewiesene Tatsachen stützt, gleichzusetzen, weil eben - wie dargelegt - einer allfälligen Verurteilung notwendigerweise eine Hauptverhandlung vorausgeht, bei welcher der Angeklagte Gelegenheit hat, zu allen wesentlichen Gesichtspunkten noch einmal Stellung zu nehmen. Dass im übrigen mit einem Hinweis auf die Folgen des Fernbleibens nicht notwendigerweise eine Animosität oder gar Feindschaft gegen den Angeklagten verbunden sein muss, räumt der Rekurrent selber ein. Sodann ist der weitere Hinweis von Oberstlt Bertschi darauf, dass auch ohne die persönliche Anwesenheit des Angeklagten das Verfahren vor dem Divisionsgericht seinen Verlauf nehmen könnte, nicht zu beanstanden. Auch darin ist kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung zu erblicken. Art. 155 MStP geht von der Möglichkeit aus, dass auch die Beurteilung der subjektiven Tatbestandselemente nicht in jedem Fall die persönliche Anwesenheit des Angeklagten vor dem Divisionsgericht erfordert. Es gehört - wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat - zu einer sorgfältigen Vorbereitung der Hauptverhandlung, dass sich der Präsident aufgrund der Akten auch darüber schlüssig wird, ob das Gericht ein Abwesenheitsurteil fällen kann, für den Fall, dass der Angeklagte ausbleiben sollte. 6. Unbehelflich bleibt, dass der Rekurrent immerhin subjektiv tatsächlich den Eindruck der Befangenheit bei Oberstlt Bertschi gewonnen hat. Nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtes (MKGE 1986, S. 33 Nr. 6 E. 5 und MKGE vom 22. September 1989 i. S. F. S. 6) und des Bundesgerichtes (BGE 105 Ia 160) genügt zur Ablehnung eines missliebigen Richters weder die blosser Behauptung der Parteilichkeit noch der Nachweis, der Richter habe sich in einer bestimmten Sachfrage eine Meinung gebildet, die jener Verfahrenspartei entgegensteht, welche 87

die Ablehnung verlangt. Der Richter kann erst dann als voreingenommen gelten, wenn er durch Umstände, die ausserhalb des Verfahrens als solche insbesondere in einem besonderen Verhalten des Richters oder in einer objektiv gegebenen Verfahrenskonstellation liegen, zugunsten oder zuungunsten einer Partei eingenommen

erscheint (MKGE vom 22. September 1989 i.S. F. S. 6; BGE 114 la 55/56 und 276/277 E. 2a; Schultz, ZBJV 1990, S. 39 ff.). Das Ablehnungsbegehren bzw. der Anschein der Befangenheit muss somit objektiv begründbar sein. Dies ist hier nicht der Fall; es kann nicht angehen, dass der rein subjektive Eindruck des Angeklagten den ordentlichen Gang der Justiz nach eigenem Gutdünken zu behindern vermag. 7. Der Rekurs ist demnach abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Rekurrent die Verfahrenskosten vor dem Militärkassationsgericht zu tragen (Art 199 MStP). (20. September 1990, B. e. ao Präs Div Ger 12) 23. Mise des frais á la charge de l'accusé acquitté (art. 151 al. 3 PPM) La condamnation aux frais d'un accusé acquitté ne doit pas constituer une sanction subsidiaire à caractère pénal: en particulier, elle ne doit pas punir indirectement, sous le couvert d'une faute de procédure, une personne pour des faits relevant exclusivement de la juridiction pénale qui l'ont amenée à comparaître en justice~ mais pour lesquels~ elle a été acquittée. La personne acquittée faute de preuves est juridiquement innocente, de sorte que la persistance d'un soupçon de culpabilité ne saurait justifier la mise des frais de procédure à la charge de l'accusé. Le caractère répréhensible du comportement justifiant de mettre les frais de la procédure à la charge d'un accusé libéré, doit être apprécié au regard d'une violation de l'ordre juridique et non pas d'une atteinte à l'ordre moral. Pour que les frais puissent être mis à la charge de l'accusé acquitté, il faut - de même que dans le cas de la responsabilité civile - que le comportement ait été illicite, fautif et qu'il soit la cause adéquate des frais de procédure. Celui qui omet de prendre les mesures de précaution élémentaires pour que son courrier lui soit régulièrement acheminé, qui s'expose au risque de ne pas recevoir des ordres de marche militaires et qui n'entre pas en service de ce fait, doit le cas échéant répondre pénalement de ce comportement sous l'accusation du délit d'insoumission. Si l'accusé est acquitté de ce chef, les mêmes faits ne violent pas une autre norme générale de comportement et ne sauraient cons-

tituer un acte illicite justifiant la mise des frais à la charge de l'accusé acquitté.

Kostenaufgabe an den Freigesprochenen (Art. 151 Abs. 3 MStP) Die Kostenaufgabe an einen Freigesprochenen darf nicht auf eine indirekte Strafsanktion hinauslaufen: namentlich ihn nicht für ein ausschließlich strafrechtlich erhebliches Verhalten, das Gegenstand eines Strafverfahrens war, jedoch zum Freispruch führte, indirekt bestrafen. Der Freispruch mangels Beweisen bestätigt die Unschuld des Angeklagten und lässt keinen Raum für verbleibenden Schuldverdacht, der die Kostenaufgabe an den Freigesprochenen rechtfertigt. Die Verwerflichkeit des Verhaltens, welche die Kostenaufgabe an einen Freigesprochenen rechtfertigt, beurteilt sich nach rechtlichen, und nicht nach moralischen Gesichtspunkten; Voraussetzung ist, dass das Verhalten, in Analogie zum Haftpflichtrecht, widerrechtlich, adäquat kausal für die in Frage stehenden Kosten und schuldhaft erscheint. Wer elementare Vorkehrungen für den zuverlässigen Postempfang unterlässt, in der Folge militärische Aufgebote nicht erhält und deswegen nicht einrückt, muss dies gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt des Dienstversäumnisses verantworten. Wird er hiervon freigesprochen, so besteht keine weitere Rechtsnorm, die das fragliche Verhalten unerlaubt erscheinen lassen und deswegen die Kostenaufgabe an den Freigesprochenen rechtfertigen würde. Addossamento de/le spese a/l'accusato assolto (art. 151 cpv. 3 PPM) La condanna di un accusato assolto al pagamento delle spese non deve costituire una sanzione penale indiretta: in particolare non deve, sotto la parvenza di un errore di procedura, punire, indirettamente una persona per dei fatti dipendenti esclusivamente dalla giurisdizione penale che l'hanno portata a comparire in giudizio, ma per i quali è stata assolta. La persona assolta per mancanza di prove e giuridicamente innocente, per il che

la persistenza di sospetti di colpevolezza non può giustificare l'addossamento delle spese all'accusato assolto. L'atteggiamento riprovevole giustificante l'addossamento delle spese all'accusato assolto deve essere esaminato in base a violazioni dell'ordine giuridico e non secondo criteri morali. In analogia ai casi di responsabilità civile, per la condanna dell'accusato assolto al pagamento delle spese, occorre che il comportamento sia stato illecito, colpevole e in nesso causale adeguato con le spese di procedura. Colui che trascurava le precauzioni elementari per garantire la regolare ricezione della posta, esponendosi al rischio di non ricevere gli ordini di marcia, e che per questo motivo non entra in servizio, deve se del caso rispondere di omissione del servizio. Qualora venga prosciolto, questi stessi fatti non violano altre norme generali di comportamento 89

e non possono costituire un atto illecito giustificante l'addossamento delle spese all'accusato assolto. Résumé des faits: A. Par jugement du 25 avril 1990, le Tribunal militaire de division 2 a libéré le cond. mach. chantier R.M. de l'accusation d'insoumission intentionnelle (art. 81, eh. 1, al. 2 CPM), éventuellement d'insoumission par négligence (art. 82 CPM), mettant à sa charge les frais de la cause fixés à Fr. 700.--. B. Les faits de la cause peuvent être résumés ainsi: R.M. a fait défaut à l'ESO G 256/89 qu'il devait accomplir du 19 juin au 15 juillet 1989. Il a fait valoir qu'il n'avait pas reçu d'ordre de marche pour cette école d'avancement, ni l'avis préalable qui lui avait été adressé en février 1989. En 1987 déjà, l'ordre de marche le convoquant à école de sous-officier ne l'avait pas atteint. Il n'avait toutefois pas été poursuivi. Sauf en ces deux circonstances, R.M. a toujours reçu régulièrement le courrier qui lui était destiné, notamment ses ordres de marche pour l'ESO de l'année 1988, le cours de répétition de la même année et le cours de l'année 1989. Au moment des faits, R.M. était domicilié à Chalais chez ses parents, séjournant parfois à Vercorin où il faisait suivre son courrier qui était déposé sur un rebord, à l'entrée de l'immeuble qu'il occupait, faute de boîte aux lettres à son nom. L'enquête n'a pas permis d'établir les raisons pour lesquelles ni l'avis préalable de service, ni l'ordre de marche le convoquant à l'ESO de l'année 1989 ne lui étaient parvenus. Le Tribunal militaire de division 2 a constaté que si R.M. avait fait défaut à l'ESO G 256/89, il n'était pas établi qu'il ait reçu l'ordre de marche lui enjoignant d'entrer en service. Le dossier ne contenant aucun élément suffisant pour ne pas accorder foi à ses déclarations, le Tribunal a prononcé son acquittement, le libérant de l'accusation d'insoumission intentionnelle et subsidiairement d'insoumission par négligence. Toutefois, statuant sur le sort des frais, le Tribunal militaire de division 2 a considéré que R.M. aurait dû prendre toutes dispositions utiles pour que la correspondance lui parvienne plus régulièrement. Puisque sa négligence avait entraîné l'ouverture de la procédure pénale, les juges ont mis les frais à sa charge. C. Par lettre recommandée du 30 avril 1990, le défenseur de R.M. a déclaré recourir contre le jugement que le greffe du Tribunal militaire de division 2 lui a notifié le 28 juin 1990. Dans son mémoire, daté du 29 juin 1990 et expédié le même jour, le défenseur du recourant a contesté le bien-fondé 90

d'une décision de justice qui acquitte R.M., tout en le condamnant au paiement des frais pour des motifs qu'il estime injustifiés. L'Auditeur et le Président du Tribunal militaire de division 2 ont conclu à la confirmation du jugement entrepris. Considérant: 1. La voie du recours au Tribunal militaire de cassation est ouverte contre les décisions des tribunaux militaires de division dans le cas d'une condamnation aux frais (art. 195, lit. f PPM). Le recours doit être réposé dans le délai de vingt jours dès la communication écrite de la décision attaquée auprès du Tribunal qui a statué (art. 197, al. 1 PPM). Le jugement rendu

par le Tribunal militaire de division 2 en date du 25 avril 1990 a été notifié au recourant le 28 juin 1990. Expédié sous pli recom- mandé le 29 juin 1990, le recours du défenseur d'office, d'oment motivé, est recevable à la .forme, ayant été interjet~ dans le délai utile. 2. En règle générale, les frais de la procédure pénale militaire sont mis à la charge de la Confédération lorsque l'accusé est acquitté. Exceptionnelle- . ment, les frais de l'enquête et des débats peuvent être mis en tout ou en partie à la charge de l'accuse acquitte qui, par un comportement répréhen- sible, a occasionné ou compliqué la procédure (art. 151, al. 3 PPM). Même lorsque la poursuite est abandonnée et que l'enquête est close par un non- lieu, les frais peuvent être mis en tout ou en partie à la charge de l'inculpé s'il l'a occasionnée ou compliquée par un comportement répréhensible (art. 117, al. 2 PPM) Comme en procédure civile, le sort des frais de justice en matière pénale doivent être supportés par la partie qui succombe. Si la procédure ouverte contre l'inculpe s'achève par sa condamnation, les frais de la mise en oe- vre de l'appareil judiciaire répressif, causes par son comportement punis- sable, sont mis à sa charge. Lorsque la poursuite pénale est abandonnée par une décision de non-lieu ou qu'elle conduit l'acquittement de l'accusé, les frais sont laissés à la charge de l'Etat. Ce n'est qu'à titre exceptionnel et en raison de circonstances particulières qu'il peut être dérogé à cette règle d'attribution des frais (François Clerc, Brèves remarques sur les frais de justice pénale, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich, 1984, p. 321 ss; Claude Rouiller, La conda.mnation aux frais de justice du prévenu libéré de toute peine en relation, notamment, avec la présomption d'innocence, RSJ 80, 1984, p. 205 ss; Gérard Piquerez, Précis de procédure pénale suisse, Lausanne, 1987, no 1896 ss). 91

3. La condamnation aux frais de. l'accusé acquitté ne doit pas constituer u ne sanction subsidiaire à caractère pénal (Piquerez, qpus cité, no 1904). La présomption d'innocence est un principe fondamental qui est universel- lement admis par tous les Etats fondés sur le droit, même s'il n'est pas co- difié (Piquerez, opus cite, no 854). Dan s son arrêt M. du 25 mars 1983 (Publications de la Courl Série A, vol. 62, publié aussi dans RSJ 79, 1983, p. 197 ss), la Cour européenne des droits de l'homme à considéré que le principe de la présomption d'innocence, protégé par l'article 6, paragraphe 2 CEDH, était violé, même en l'absence d'un constat formel de culpabilité, lorsque la motivation de la décision -su r les frais laisse entendre que le juge estime la personne poursuivie coupable, bien lque la preuve de la commis- sion de l'infraction n'ait pas été rapportée. Il est non seulement contraire à l'article 6, alinéa 2 CEDH, mais aussi au droit constitutionnel fédéral dans lequel la présomp.tion d'innocence est im- plicitement contenue, de punir une personne, sous le couvert dtune faute de procédure, pour des faits qui l'ont amenée à comparaitre en justice, mais pour lesquels elle a été acquittée (Rouiller, opus cité, p. 206, note 7). La personne acquittée faute de preuves est juridiquement innocente, de sQrte que la persistance d'un soupçon de culpabilité ne doit avoir aucune influence sur le sort des frais. La mise à charge de l'accuse libéré dés frais de procédure ne doit pas résulter d'un doute qui subsisterait sur son inno- cence, malgré son acquittement (Jochen Frowein, Zur Bedeutung der Uns- chuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskon- vention, in: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Berne, 1981, p. 560). La responsabilité des frais ne qépend donc pas du sort de l'action pénale, mais d'une faute qui a provoqué la procédure ou l la compliquée. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas examiné, dans son arrêt M., s'il était conforme à la Convention de mettre les frais à la charge d'un accusé libéré en raison d'un comportement répréhensible qui ne constituerait pas une infraction pénale. La Cour a cependant précisé qu'on ne saurait tirer de son arrêt qu'il est interdit de mettre les frais de justice à la charge d'un prévenu Libéré. 4. Le Tribunal fédéral,

dans un arrêt du 21 septembre 1983 (ATF 109 Ia, p. 160 ss), a considéré qu'il n'était pas inconstitutionnel, ni contraire à la Convention, de faire supporter les frais de justice à l'accusé en cas d'acquiescement ou d'abandon de la poursuite si son comportement, bien que non punissable, est néanmoins répréhensible sous l'angle du droit civil ou des règles de l'éthique. Selon la doctrine, le comportement répréhensible ne saurait être assimilé à une faute morale qui ne constituerait pas simultanément un acte punissable (Cierc, opus citée, p. 327). La répression d'un comportement moralement discutable que le législateur n'a pas voulu punir 92

pénalement conduirait à détourner une institution du but qui lui est assigné, car le juge s'érigerait alors en censeur de la moralité publique (Rouiller, opus cité, p. 2tO). Par son arrêt, non publié, du 27 juin 1990 dans la cause G. contre Ministère public et Tribunal supérieur du canton d'Argovie, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence. Il a considéré que pour décider du sort des frais, le comportement de l'accusé acquitté ou contre lequel la poursuite a été abandonnée doit être apprécié en regard d'une violation de l'ordre juridique et non pas d'une atteinte à l'ordre moral qui ne constituerait pas en elle-même un acte juridiquement prohibé. Le caractère répréhensible du comportement doit donc être examiné sous l'angle juridique exclusivement (ATF du 29.6.1990, e. 2b et g). 5. la responsabilité des frais repose sur d'autres principes que ceux qui régissent l'action pénale (Cierc, opus cité, p. 327). Est répréhensible, au sens des articles 117, alinéa 2 et 151, alinéa 3 PPM, le comportement fautif de l'accusé au bénéfice d'un acquiescement ou d'un abandon de poursuite lorsque, pour avoir provoqué la poursuite pénale ou compliqué la procédure, il engage sa responsabilité dans des conditions analogues à celles dont la réalisation entraîne la responsabilité de droit civil fondée sur l'acte illicite. Les frais ne peuvent être mis partiellement ou en totalité à la charge de l'accusé que s'il a clairement contrevenu à une norme générale de comportement qui peut relever aussi bien du droit administratif ou du droit pénal et qui peut être prescrite tant par le droit fédéral que le droit cantonal, écrit ou non écrit (ATF du 29.6.1990, e. 2c ete; 1141a, p. 306; ATMC B. du 22.9.1989). Le principe du respect de la bonne foi et son corollaire, l'interdiction de l'abus de droit, prescrits par l'article 2 du Code civil, constituent de telles règles de comportement, tout comme le principe de droit non écrit selon lequel celui qui crée un danger ou maintient un état de fait dangereux doit prendre les mesures de protection appropriées. Le comportement illicite n'est toutefois pas suffisant pour que les frais soient mis à la charge de l'accusé. Il faut encore qu'il soit la cause adéquate de l'ouverture de la procédure ou qu'il en ait entravé anormalement le déroulement. Les frais de justice constituent un dommage pour l'Etat dont il peut demander réparation à celui qui les a causés par sa faute, notamment en recourant à des procédés manifestement abusifs, dilatoires ou téméraires. Quant à la faute, elle suppose un comportement qui s'écarte de celui que l'on peut attendre d'un homme ordinaire dans les mêmes circonstances. La faute est d'autant plus grave que l'écart est grand. Il n'est donc pas exclu que les frais de justice puissent être mis à la charge de l'accusé en raison de faits qui ont été l'objet de la procédure pénale, 93

même si elle n'a pas été menée à son terme ou que l'acquiescement a été prononcé. Il faut cependant, mais il suffit que ces faits constituent, sous l'angle du droit civil, une violation flagrante d'une norme juridique de portée générale prescrivant une obligation d'agir ou d'abstention (ATF 107 Ia, p. 166 ss) et qu'ils soient en relation de causalité adéquate avec l'ouverture de la procédure. 6. Celui qui omet de prendre les mesures de précaution élémentaires pour que son courrier lui soit régulièrement acheminé s'expose au risque de ne

pouvoir obtempérer à un ordre de marche ou de mise sur pied. En cas de survenance du risque et si l'imprévoyance coupable est démontrée, ce comportement 'constitue l'un des 'éléments caractéristiques du délit d'in- soumission par négligence qui n'est réprimé que par le droit pénal militaire. Ces faits ne violent pas .une autre norme générale de comportement et ne répondent pas à la notion d'acte illicite, au sens du droit civil, qui est visé à l'article 41 du Code des obligations; Libérant le recourant de l'accusatioarl d'insoumission par négligence, le Tri- bunal militaire de division a donc admis qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir usé des mesures de précaution commandées par les circon- stances ét sa situation personnelle. En mettant toutefois à sa charge les frais de la procédure pour le motif qu'il aurait du prendre toutes dispositions utiles atin que la correspondance qui lui était destinée lui parvienne plus régulièrement, le Tribunal militaire de division a considéré que le recourant a fait preuve d'une imprévoyance coupable. En faisant supporter la charge des frais par l'accusé, le Tribunal militaire de- division a exercé son pouvoir répressif pour des faits qui étaient à l'origine de l'inculpation, mais qu'il a expressément déclare non punissables. La condamnation aux frais du re- courant se fonde sur une appréciation de sa culpabilité dans un comporte- ment qui est a l'origine de la prévention abandonnée. Pour que le principe de la présomption, d'innocence soit respecté, la décision d'attribution des frais ne peut être prise qu'en tenant compte de circonstances totalement étrangères à une telle appréciation. Or, les faits dont l'inculpation du recou- rant est la conséquence n'aurait pu constituer qu'une violation spécifique du droit pénal militaire, mais ne constituent pas une violation d'une norme générale de comportement ressortissant à d'autres domaines de l'ordre ju- ridique suisse. 11 se justifie de décharger le recourant des frais de procédure dont il n'a pas provoqué l'ouverture par un comportement reprehensible au sens de l'arti- cle 151, alinéa 3 PPM. En conséquence, le jugement doit être modifié. 7. Le recours de l'accusé étant admis en totalité, les frais de l'instance sont 94

mis à la charge de la Confédération, conformément à l'article 199, alinéa 1 PPM. (14. Décembre 1990, .M. e. Trib div 2) 24. Recours en matiere de frais dans la procédure de réhabilitation {art. 232 CPM, art. 195 lettre fet art. 197 PPM) · Recevabilité du recours contre la décision en matière de frais dans le cadre d'une procédure de réhabilitation. Les exigences en matière de motivation sont déterminées par les critères dégagés par le Tribunal militaire de cassation dans la jurisprudence rendue au sujet de l'art. 151 PPM, en liaison avec l'art. 197 al. 1 PPM! Irrecevabilité d'un recours dans lequel le recourant ne fourriit .aucune indication concrète quant à sa situation matérielle et se borne à faire valoir qui ne était pas rendu compte des conséquences d'une de- mande de radiation en matiere de frais et qu'il n'avait pas les moyens de payer les frais mis à sa ~harge. Rekurs gegen die Ko.stenauf/age im Rehabilitationsverfahren {Art. 232 MStG, Art. 195 Bst. f und Art. 197 MStP) Zulässigkeit des Rekurses gegen die Kostenaufgabe im Rehabilitati- onsverfahren. Die Anforderungen an die Rekursbegründung bestim- men sich nach den Gesichtspunkten, die das Militärkassationsgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 151 in Verbindung mit Art. 197 Abs. 1 MStP entwickelt hat. Nichteintreten auf einen Rekurs, mit dem der Rekurrent, ohne über seine wirtschaftlichen Verhältnisse nähere Aufschlüsse zu vermitteln, lediglich geltend macht, er habe die Kostenfolge sei~es Rehabilitati- onsgesuchs nicht bedacht und könne die ihm auferlegten Kosten nicht bezahlen. Ricorso in materia di spese ne/la procedura di riabilitazione (art. 232 CPM, art. 195 lett. f e art. 197 PPM) Ammissibilità del ricorso contro la decisione in materia di spese nel- l'ambito di una procedura di riabilita~ione. Le esigenze in materia di motivazione del ricorso sono determinate dai criteri sviluppati dai Tribunale militare di cassazione nella sua

giurisprudence concernant l'art. 151 PPM, en combinaison avec l'art. 197 cpv. 1 PPM. Irrécevabilité d'un recours dans lequel le requérant ne donne pas d'indications concrètes sur ses conditions économiques et se limite à faire valoir qu'il ne doit pas supporter les conséquences en matière de dépenses d'un montant de 95

sa demande de réhabilitation, et qu'il n'a pas les moyens de payer les dépenses qui lui sont imposées. Résumé des faits: A. Par jugement du 26 mars 1982, le Tribunal militaire de division 2 a reconnu M.F., 1958, coupable de refus de servir au sens de l'article 81, chiffre 2 du CPM, l'a condamné à la peine de trois mois d'emprisonnement, à subir sous la forme des arrêts répressifs, ainsi qu'aux frais de la cause, et l'a exclu de l'armée. Le requérant a subi la peine et payé les frais. B. En automne 1988, F. a requis la radiation de l'inscription au casier judiciaire correspondant au jugement précité. Par décision du 9 mars 1989, le Tribunal militaire de division 2, constatant que les conditions posées par l'article 59, alinéa 3 du CPM étaient remplies, a ordonné la radiation de l'inscription au casier judiciaire et mis les frais à la charge du requérant, pour 250 francs. Cette décision a été notifiée à F. le 22 juin 1989. C. Par lettre datée du 6 juillet 1989, remise à la poste le 6 juillet 1989, M.F. demande à être exempté des frais de la cause. Il déclare ne pas être rendu compte que la demande de radiation donnait lieu à une procédure judiciaire et se plaint de la lenteur de cette procédure, en comparaison avec les délais de candidature à un poste de travail. Au surplus, il fait valoir que, de retour d'un long séjour linguistique et d'étude dans un pays lointain, il n'avait absolument pas les moyens de payer la somme en question alors qu'il était encore sans travail, sans donner aucune précision quant à sa situation financière. D. Par décision du 31 juillet 1989, le 1^{er} président du Tribunal militaire de division 2, estimant que la demande de F. ne pouvait être considérée que comme un recours au sens de l'article 195, lettre f PPM, a mis en œuvre la procédure de recours et averti le requérant de la suite donnée à sa demande. E. L'Auditeur du Tribunal militaire de division 2 conclut au rejet du recours. Considérant: 1. La voie du recours au Tribunal militaire de cassation est subsidiaire par rapport à celles de l'appel et de la cassation (article 195 PPM). Lorsque le prononcé attaqué d'une décision d'un Tribunal de division ne porte que sur les prétentions civiles ou sur les frais et l'indemnité, seule la voie du re-

cours est ouverte (art. 172, alinéa 2 PPM), à l'exclusion de l'appel. Le pourvoi en cassation contre le sort des frais liés à une décision de radiation d'une inscription au casier judiciaire prise par un Tribunal de division ne serait pas davantage recevable (article 184 PPM). Dès lors, la demande de F. ne peut être considérée que comme un recours au sens de l'article 195, lettres e et f PPM. 2. La demande ayant été formulée dans le délai de vingt jours prévu par l'article 197 PPM, le recours a été déposé en temps utile. Étant partie à la procédure de réhabilitation, le requérant a qualité pour recourir. 3. La radiation de l'inscription au casier judiciaire selon l'article 59 du CPM est une des mesures de réhabilitation au sens large, prévues par les articles 57 ss du CPM (ATMC non publié du 22 juin 1982 en la cause C.). Les règles régissant la procédure en réhabilitation prévoient que les frais sont à la charge du requérant, mais que remise peut lui en être faite s'il établit qu'il est dans un état d'indigence (article 232 du CPM). En l'espèce, le requérant se borne à affirmer qu'il n'a absolument pas les moyens de payer les frais mis à sa charge, étant encore sans travail. Au surplus, il ne donne aucune indication quelconque sur ses revenus et ses charges. Même si, conformément à la jurisprudence rendue au sujet de l'article 197, alinéa 1 PPM, il n'y a pas lieu de céder à un formalisme inutile quant aux exigences de motivation, il est toutefois indispensable que le requérant décrive au moins sommairement sa situation financière

(ATMC non publié du 19 septembre 1984 en la cause Sch.). Ce principe ressort clairement de la jurisprudence rendue en relation avec l'article 151 PPM concernant les frais dans le cadre du déroulement de la procédure en général. Dans ce cadre, les frais de l'enquête et des débats sont en principe mis à la charge du condamné (article 151, alinéa 1 PPM), le Tribunal pouvant toutefois l'en décharger en tout ou partie pour des motifs particuliers, résidant notamment dans une situation personnelle et familiale particulière du condamné (motifs subjectifs). Les motifs subjectifs sont notamment retenus lorsque la charge des frais est telle qu'elle aggrave sensiblement la situation du condamné ou de sa famille, par exemple en cas de chômage non fautif ou d'invalidité, ou lorsqu'elle est de nature à entraver sérieusement une reprise de la vie sociale après l'expiation d'une peine, et ceci dans la mesure où l'octroi de facilités de paiement ne suffit pas pour éviter de trop graves conséquences (ATMC 10, nos 1, 7 et 43; ATMC non publié du 13 juin 1985 en la cause F.). Cependant, la jurisprudence exige clairement du recourant qu'il indique au moins sommairement dans quelle mesure ces conditions sont réalisées et en apporte la preuve au besoin, le Tribunal militaire de cassation n'étant pas tenu de procéder à une instruction d'office. 11 n'y a aucune raison de s'écarter de ces principes, 97

dégagés par la jurisprudence en relation avec l'article 151 PPM, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a état d'indigence au sens de l'article 232 CPM. Or, le recourant ne fournit aucune indication concrète quant à sa situation matérielle. Dès lors, faute de motivation suffisante, même sous une forme embryonnaire, le recours est irrecevable (ATMC non publié du 15 juin 1989 en la cause A.). Au demeurant, les considérations du recourant quant à son ignorance des formalités impliquées par la procédure de radiation, ne lui sont d'aucun secours. En effet, les articles 228 et suivants du Code pénal militaire, qui traitent de la procédure en réhabilitation, sont explicites quant à la procédure à suivre; leur consultation aurait permis au recourant de constater que la radiation d'une inscription au casier judiciaire n'est pas une simple formalité, si elle est requise en application de l'article 59, alinéa 3 du CPM. 4. En application de l'article 199, alinéa 1 PPM, les frais de recours, fixés à Fr. 50.--, doivent être mis à la charge du recourant. (14. décembre 1990, F. e. Trib div 2) 25. La révision d'un jugement ne peut pas être admise sur la base de faits survenus postérieurement à la clôture d'une procédure antérieure (art. 200 al. 1 lettre a PPM) Les "faits" au sens de l'art. 200 al. 1 lettre a PPM, invoqués à l'appui d'une demande de révision, doivent avoir déjà existé au moment de la procédure antérieure; c'est pourquoi il n'y a pas lieu de tenir compte à cet égard d'un changement d'attitude de l'accusé survenu postérieurement au jugement de dernière instance. Rejet d'une demande de révision, par laquelle le requérant fait valoir que le tribunal avait refusé d'accorder le sursis en admettant - sur la base des circonstances prévalant au moment de la décision et en particulier sur la base des affirmations catégoriques de l'accusé - que l'accusé refuserait aussi à l'avenir d'accomplir ses obligations militaires, alors qu'il a changé d'avis depuis lors et accepte de nouveau d'accomplir son service militaire. •K ei ne Re'vision aufgrund von Tatsachen, die nach Abschluss des früheren Verfahrens eingetreten sind (Art. 200 Abs. 1 Bst. a MStP) "Tatsachen" im Sinn von Art. 200 Abs. 1 Bst. a MStP müssen bereits im Zeitpunkt des früheren Verfahrens bestanden haben; ein nach 98

dessen Abschluss eingetretener Gesinnungswandel des Verurteilten fällt deshalb nicht darunter. • Abweisung eines Revisionsgesuchs, mit dem der Gesuchsteller geltend macht, das Gericht habe ihm den bedingten Strafvollzug verweigert, weil es (aufgrund der damaligen Umstände, namentlich der eindeutigen Erklärungen des Angeklagten) annahm,

er werde auch künftigen seinen Dienst verweigern, wogegen er seither seine Gesinnung geändert habe und wieder Dienst leiste. La revisione di un giudizio non può essere ammessa sul/a base di fatti intervenuti dopo la chiusura del precedente processo {art. 200 cpv. 1 lett. a PPM). I "fatti" ai sensi dell'art. 200 cpv. 1 h:~tt. a PPM invocati a sostegno di una domanda di revisione, devono essere esistiti già al momento del processo precedente; un cambiamento d'attitudine da parte del condannato, intervenuto dopo la chiusura del processo, non può essere tenuto in considerazione. Rigetto di una domanda di revisione nella quale il richiedente, che nel frattempo ha cambiato parere e che compie nuovamente servizio, fa valere che il tribunale aveva rifiutato di accordargli la sospensione condizionale ammettendo, sulla base delle circostanze allora prevalenti e in particolare di dichiarazioni categoriche dell'accusato, che lo stesso avrebbe rifiutato anche in futuro i propri obblighi militari. Résumé des faits: A. Bien que régulièrement convoqué, F.B. a fait défaut à l'ER trp sout 273 qui se déroulait à Fribourg du 11 juillet au 5 novembre 1988. Invoquant tout d'abord sa volonté d'effectuer le service militaire en France, pays dont il possède également la nationalité, il a ensuite déclaré, lors des débats de première instance, qu'il était opposé à tout service militaire et que sa position était irrévocable. Il a persisté dans cette position devant le Tribunal militaire d'appel. Le 21 novembre 1989, la CVS a déclaré F.B. inapte au service. Le 23 février 1990, le Tribunal de division 2 l'a reconnu coupable de refus de servir (art. 81 eh. 1 al. 1 CPM) et l'a condamné à 7 mois d'emprisonnement et aux frais de la cause, révoquant par ailleurs un sursis accordé précédemment. Statuant sur appel du condamné le 4 mai 1990, le Tribunal militaire d'appel 1 B a confirmé cette décision. 99

Le 3 octobre 1990, F.B. a retiré le pourvoi en cassation qu'il avait déposé contre le jugement du Tribunal militaire d'appel 1 B. Par acte du 3 octobre 1990, F.B. représenté par son défenseur d'office, a formé une demande de révision contre le jugement rendu le 4 mai 1990 par le Tribunal militaire d'appel 1 B. Faisant valoir qu'il a commencé à accomplir son service militaire en France à fin août 1990, il soutient que cet élément, s'il avait été connu des juges, aurait pu modifier la décision sur le refus du sursis et la révocation du sursis antérieur. Il conclut à l'annulation du jugement rendu le 4 mai 1990 par le Tribunal militaire d'appel 1 B et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision. Considérant: 1. Le condamné a qualité pour demander la révision d'un jugement exécutoire (art. 200 al. 1 et 202 let. 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 exigences de forme sont remplies en l'espèce, le requérant invoquant expressément le motif de révision prévu par l'art. 200 al. 2 let. a PPM). En conséquence, la demande est recevable. 2. Selon l'art. 200 al. 1 a PPM, 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. Ce motif de révision doit permettre de rectifier un jugement affecté d'une erreur sur les faits. On ne peut cependant parler d'une erreur que pour autant qu'il s'agisse d'un fait que le juge aurait dû prendre en compte au moment où il rendait sa décision. Il faut tout d'abord que le fait invoqué en révision soit pertinent et de nature à modifier le dispositif de la décision prise. D'autre part, il faut se placer au moment où le juge du fait a statué en dernière instance pour dire quels sont les faits qu'il devait prendre en considération. Ainsi, le fait nouveau doit être un fait

existant au moment où le juge du fait a statué en dernière instance, mais qui est resté ignoré du juge (cf. Trechsel, Kurzkomentar StGB, art. 397 N 6; ZR 60 (1961) N 48). On doit ajouter à cette hypothèse le cas de la découverte, après le jugement, d'un

moyen de preuve qui serait de nature à modifier la décision sur l'existence ou l'inexistence d'un fait pertinent existant au moment où le juge du fait a statué en dernière instance. Pour la qualification juridique de l'infraction commise en l'espèce, il faut déterminer exclusivement la motivation de l'auteur au moment où il n'est pas entré en service. L'accusé a affirmé, aussi bien devant le Tribunal de division que devant le Tribunal militaire d'appel, qu'il refusait tout service militaire aussi bien en Suisse qu'en France. Il n'y a aucune raison de douter de la véracité de ses affirmations, sur lesquelles il ne revient d'ailleurs pas expressément. S'il a aujourd'hui changé d'opinion, ce fait nouveau n'est pas pertinent et ne saurait faire apparaître la décision rendue comme erronée, puisque seule compte, pour la qualification, la motivation au moment du refus d'entrer en service. Pour ce qui est de la fixation de la peine et des décisions relatives au sursis, le juge du fait doit tenir compte de l'ensemble des circonstances existant au moment où il statue (ATMC Sch. du 27 février 1987, consid. 2). Or, le jour même de la décision du Tribunal militaire d'appel 1 B, l'accusé a confirmé qu'il refusait tout service militaire aussi bien en France qu'en Suisse. Son changement d'avis est donc nécessairement postérieur et il n'a d'ailleurs commencé son service militaire en France qu'à la fin du mois d'août 1990. S'agissant d'un fait postérieur au jugement rendu par le dernier juge du fait, il n'avait pas à être pris en compte et il est ainsi sans pertinence. On ne peut considérer comme erroné et devant être rectifié un jugement qui ne prend pas en considération un fait que le juge ne pouvait pas connaître, parce qu'il ne s'était pas encore produit. Une solution contraire conduirait à un résultat absolument incompatible avec l'autorité de la chose jugée. Ainsi, celui dont la situation personnelle aurait changé ou qui aurait accompli un acte méritoire pourrait demander la révision de toutes les condamnations prononcées à son encontre. Pendant son existence, en invoquant un fait "nouveau" de nature à modifier les peines fixées. Le fait invoqué, étant survenu postérieurement au jugement de dernière instance sur les faits, n'avait pas à être pris en compte, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un fait pertinent pouvant modifier la décision prise. La demande de révision doit donc être rejetée. Dans la mesure où la peine n'a pas été exécutée, le requérant peut faire valoir des faits postérieurs au jugement exécutoire dans le cadre d'une demande de grâce (art. 232a ss CPM). 3. La demande étant rejetée, les frais de procédure seront mis à la charge du requérant (art. 207 al. 3 PPM). (14 décembre 1990, B. e. TMA 18) 101

26. Gewährung des bedingten Strafzugs bei Dienstverweigerung aus religiösen oder ethischen Gründen in schwerer Gewissensnot (Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 und Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG) Bei Dienstverweigerern rechtfertigt sich in der Regel die ungünstige Prognose, sie würden auch künftig ihrem Belieben anheimstellen, welche Gesetze sie beachten wollen und welche nicht. Ein einzelner Dienstverweigerer kann jedoch den Gegenbeweis antreten, dass für ihn die in der Regel ungünstige Prognose nicht zutreffe. Namentlich die Bereitschaft, Zivildienst zu leisten, verdeutlicht, dass sich die Verweigerung auf die Armee beschränkt und keine Konfliktsituation im weiteren Umfeld der Landesverteidigung erwarten lässt. Die Pflicht zur Leistung von Zivildienst ist indes als Weisung ins Urteil aufzunehmen. Octroi du sursis en cas de refus de servir lorsque l'auteur, du fait de ses convictions religieuses ou morales, a agi à la suite d'un grave conflit de conscience (art. 32 eh. 1, al. 1 et art. 81, eh. 1, al. 2 CPM) Dans le cas des objecteurs de

con-science, un pronostic défavorable parait généralement justifié quant au respect ultérieur des prescriptions de l'ordre juridique, selon leur bon plaisir. Cependant, un objet- teur de conscience peut tenter d'apporter la preuve contraire, dans son cas particulier, en établissant que le pronostic généralement dé .. favorable n'est pas fondé en ce qui le concerne. En particulier, si l'ob- jecteur accepte de servir dans la protection civile, il démontre que le refus de servir se limite aux obligations militaires et qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à d'autres situations de conflit dans un domaine voisin, au delà de la défense nationale. Dans un tel cas, l'obligation de servir dans la protection civile doit être intégrée dans le jugement à ti- tre de règle de conduite. Concessione de/la sospensione condizionale de/la pena in caso di ri- fiuto de/ servizio per grave conflitto di coscienza dovuto a motivi etici o religiosi (art. 32 n. 1 cpv. 1 e art. 81 n. 1 cpv. 2 CPM) P er. g li obiettori di coscienza si giustifica di regola la prognosi negati- va, in rapporto al_ rispetto futuro dell'ordinamento giuridico secondo loro piacimento. Un obiettore di coscienza puõ ciononostante portare la prova de l contrario, ne l senso eh e. la prognosi generalmente nega- tiva nel suo caso non sia fondataa In particolare, la disponibilità a compiere servizio civile dimostra che il rifiuto si limita agli obblighi militari e che non c'e da aspettarsi un'ulteriore situazione conflittuale nel campo piu ampio della difesa nazionale; l'obbligo di compiere il servizio nella protezione civile deve essere espresso dalla sentenza, quale norma di condotta. 102

Aus den Akten: A. Am 26. Juli 1988 und am 13. Oktober 1988 weigerte sich P., dem Aus- hebungsbefehl Folge zu leisten. Den militärischen Behörden teilte er mit, dass er den Militärdienst verweigere. Mit Urteil vom 11. Januar 1990 sprach das Divisionsgericht 8 de n Stelpfl P. der tortgesetzten Dienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Ziff. 2 MStG ~chuldig und verurteilte ihn zu tünt Monaten Gefängnis, zu vollziehen in den Formen der Haft tür den Fali, dass der ihm bei einer Probezeit von zwei Jahren gewährte bedingte Strafvollzug widerrufen werden sollte. Der Verurteilte wurde aus der Armee ausgeschlossen, und es wurden ihm die Verfahrenskosten überbunden. B. Gegen dieses Urteil erklärte der Auditor des Divisionsgerichtes 8 die Appellation. Am 11. Juni 1990 setzte das Militärappellationsgericht 2A die Freiheitsstrate aut vier Monate herab und bestätigte im übrigen den erstin- stanzlichen Entscheid. C. Die trist- und formgerecht erhobene Kassationsbeschwerde des Audi- - tors Divisionsgericht 8 richtet sich gegen die Gewährung des bedingten . Strafvollzuges. Es wird die Aufhebung der Ziffern 3 und 5 des angefochte- nen Urteils und die Rückweisung der Strafsache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung beantragt. Zudem seien dehl Beschwerdegegner die Ko- sten des Kassa-ionsvertahrens aufzuerlegen. Der amtliche Verteidiger beantragt diê Abweisung .der Kassationsbe- schwerde unter Kosten- und Entschädigung.sfolgen. Der Präsident Militärappellationsgericht 2A hat aut Gegenbemerkungen verzichtet. Aus den Erwägungen: 1. Umstritten ist nunmehr die Frage der Gewährung des bedingten Straf- vollzuges. Es besteht zwar Einigkeit darüber, dass die objektiven Voraus- setzungen dazu gegeben sind, doch ist streitig, ob die Vorinstanz zu Recht von einer günstigen Prognose im Sinne von Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG · ausgegangen ist. 2. Für das Militärappellationsgericht 2A steht fest, dass di e Verurteilung P. nicht dazu veranlasst, von seiner Haltung der Militärdienstverweigerung inskünftig abzulassen. Nach den für das Militärkassationsgericht verbindli- chen Feststellungen der Vorinstanz kann somit beim Verurteilten nicht von einer inneren Umkehr gesprochen werden. Dieser Umstand hindert indes- 103

sen nach der Auffassung des Militärappellationsgerichtes 2A die Gewäh- rung des bedingten Strafvollzuges nicht. Zwar lasse sich der Rechtspre- · chung des

Militärkassationsgerichtes nicht mit letzter Klarheit entnehmen, ob das Erfordernis der inneren Umkehr eine unumstössliche Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sei. So würden sich unter anderem den Entscheiden MKGE 1983 Nr. 3 und MKGE vom 2. Dezember 1988 i.S. J. Erwägungen in der einen wie in der anderen Richtung entnehmen lassen. Fest stehe jedenfalls, dass der Zweck des bedingten Strafvollzuges ausschliesslich in der Spezialprävention begründet sei und dass diesbezüglich allein das künftige mutmassliche Verhalten der konkreten Täterperson massgebend sein könne. Aus der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Fahren in angetrunkenem Zustand (BGE 115 IV 85) ergebe sich sodann, dass nicht auf generelle Verhaltensvermutungen einer bestimmten Täterkategorie abgestellt werden könne, sondern das mutmassliche Verhalten eines konkreten Täters abzuschätzen sei. So betrachtet müsse auch die Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtes zum bedingten Strafvollzug im Zusammenhang mit der Militärdienstverweigerung aus Gewissensgründen dahin verstanden werden, dass das Erfordernis der inneren Umkehr nicht als absolut notwendige Voraussetzung zu bezeichnen sei. Dazu komme, wie insbesondere Rechtsprechung und Lehre in der Bundesrepublik zur Strafaussetzung beim Gewissenstäter zu entnehmen sei, dass die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges mit der ausschliesslichen Begründung, die Gesinnung des Verurteilten habe sich nicht geändert, als verfassungswidrig anzusehen wäre. Der bedingte Strafvollzug sei daher beim Dienstverweigerer aus Gewissensgründen trotz fehlenden Gesinnungswandels nicht zum vornherein gänzlich auszuschliessen. Angesichts der Verletzung einer in der Bundesverfassung verankerten Bürgerpflicht könne nur, aber immerhin dann von einer günstigen Prognose im Sinne von Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG ausgegangen werden, wenn ganz konkrete Indizien (im Rahmen der bisherigen Lebensführung) dafür sprechen würden, dass sich die Verweigerung ausschliesslich auf den Bereich der Militärdienstleistung beschränke. Davon könne aber im Falle von P. ausgegangen werden. 3. Nach Auffassung des Auditors Divisionsgericht 8 hat die Vorinstanz mit der Gewährung des bedingten Strafvollzuges die feststehende und wohlbegründete Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtes missachtet. Diese Rechtsprechung lasse den bedingten Strafvollzug für den Militärdienstverweigerer in schwerer Gewissensnot nur unter der einschränkenden Voraussetzung zu, dass die Gewährung dieser Rechtswohlthat auch tatsächlich zu einem Gesinnungswandel führe. 4. Das Militärkassationsgericht hat sich immer wieder mit der hier aufgeworfenen Rechtsfrage auseinandergesetzt. Zuletzt hat es im MKGE vom

E. 14

Dezember 1990 i.S. S: unter Hinweis auf frühere Entscheide daran festgehalten, dass es für den bedingten Vollzug einer Freiheitsstrafe nicht 104 -----

genügend, wenn die Verhütung weiterer Delinquenz allein durch das Verhängen einer sichernden Massnahme oder einer Nebenstrafe bewirkt werde. Erforderlich sei vielmehr, dass die bloss Warnstrafe zu einer inneren Umkehr und dauernden Besserung Anlass gebe. Ein solcher Gesinnungswandel sei nämlich allein Garantia dafür, dass der Verurteilte inskünftig die Rechtsordnung insgesamt achte und es nicht im Belieben des Rechtsunterworfenen bleibe, welche Gesetze er einmal abgesehen von der Militärdienstleistung trotz demokratischer Legitimation unter Inkaufnahme eines Straftatbestandes missachten wolle. Es treffe allerdings zu, dass aus der Tatsache der Dienstverweigerung als solcher nicht auch der zwingende Schluss zu ziehen sei, der

Charakter des Verweigerers in schwerer Gewissensnot lasse im Bereich der gesamten Rechtsordnung weitere Verstöße gegen Normen des Strafrechts erwarten. Eine entsprechende schlechte Prognose habe das Militärkassationsgericht (insbesondere auch in seinen Entscheiden MKGE 9 Nr. 37 und 1981 Nr. 11, MKGE Bd. 10 Nr. 14) nur für den Regelfall zugelassen, so dass tatsächlich Raum für einen Gegenbeweis bleibe. Fraglich sei somit allein, welche Anforderungen an diesen Gegenbeweis zu stellen seien, um zu einer günstigen Prognose im Sinne von Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG zu gelangen. Diesbezüglich sei nicht zu übersehen, dass die andauernde Dienstverweigerung aus Gewissensgründen regelmässig erwarten lasse, dass insbesondere staatliche Gebote, wie sie unter anderem im Kriegsfall auch für die Zivilbevölkerung im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit der Armee Geltung erlangen und strafrechtlich abgesichert werden können, in gleicher Weise abgelehnt würden wie der Militärdienst als solcher. Es sei nämlich nicht ohne weiteres einzusehen, wie ein absolut geltendes Gebot der Gewaltfreiheit auch eine bloss indirekte Unterstützung der Armee, bzw. eine Beteiligung an der Landesverteidigung im weiteren Sinn zulassen könne. Unter diesen Umständen liege es am Dienstverweigerer in schwerer Gewissensnot, aufgrund ganz konkreter Umstände und nicht bloss auf generell-abstrakte Erklärung hin nachzuweisen, weshalb mit Rücksicht auf seine Person die in der Regel schlechte Prognose für den Dienstverweigerer nicht zutreffen sollte. Nur unter dieser Voraussetzung lasse sich auch ein allfällig widersprüchliches Verhalten klären, das möglicherweise die Gewissensnot als solche in Frage stelle (MKGE vom 14. Dezember 1990 i.S. S., Seite 4/5). 5.a) Das Militärappellationsgericht 2A stimmt mit dem Divisionsgericht 8 darin überein, dass es sich bei P. um eine gefestigte Persönlichkeit handelt, die um den nicht leicht zu fählenden Gewissensentscheid im Zusammenhang mit der grundlegenden Bürgerpflicht des Wehrdienstes lange und ernsthaft gerungen habe, so dass eine Abkehr von dieser Haltung nicht erwartet werden könne. Dennoch gehen beide Instanzen davon aus, dass der Gegenbeweis gegen die tatsächliche Vermutung einer Rückfallgefahr insbesondere in Nebenbereichen der Landesverteidigung aufgrund des Verharrens in der bisherigen Haltung als erbracht anzusehen sei. Im Unterschied zu den bisher vom Militärkassationsgericht beurteilten Dienst-

verweigerern aus Gewissensgründen habe sich P. nicht auf die allgemeine Erklärung beschränkt, angesichts seines Ausschlusses aus der Armee könne ein Rückfall im Zusammenhang mit dem weiterhin zu verweigernden Militärdienst nicht mehr in Frage stehen, und auch im Umfeld einer umfassenden militärischen und zivilen Landesverteidigung sei ein Konflikt mit strafrechtlich sanktionierten Verhaltensgeboten nicht zu erkennen. Der verurteilte Gewissenstäter habe sich vielmehr glaubwürdigerweise bereit erklärt, inskünftig Zivilschutz zu leisten. Er werde auch innerhalb der allgemeinen Steuerpflicht den Militärpflichtersatz entrichten. Im Kriegsfall sei er bereit, im Rahmen des Zivilschutzes oder des Roten Kreuzes Militärpersonen zu pflegen (act. S. 170 in Verbindung mit act. S. 112). Vom Ernst dieser Erklärungen haben sich die Vorinstanzen umso eher überzeugen lassen, als P. durch seine Tat unter Beweis gestellt hat, dass er durch Übernahme von Pflegeeinsätzen seinen Beitrag gegenüber Hilfsbedürftigen und damit gegenüber der Allgemeinheit insgesamt leisten will. b) Insbesondere die Bereitschaft, Zivilschutz zu leisten, macht deutlich, dass sich die Verweigerung des Angeklagten auf die Armee selber beschränkt. Das ist für Dienstverweigerer, die in schwerer Gewissensnot handeln, nicht selbstverständlich, kann aber auch nicht als widersprüchliches Verhalten bezeichnet werden. Tatsächlich ist in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht (BGE 112 IV 130/131) davon auszugehen, dass der Zivilschutz die militärische, wirtschaftliche und

geistige Landesverteidigung zwar ergänzt, der Dienst aber in einer nichtmilitärischen Organisation zu leisten ist, welche zivile und nicht militärische Aufgaben erfüllt. Eine Berufung auf einen Gewissenskonflikt im Zusammenhang mit einer solchen Zivilschutzleistung analog zu Art. 81 Ziff. 2 MStG hat das Bundesgericht deshalb in seiner Entscheidung zu Recht zurückgewiesen. Beim Zivilschutz handelt es sich in der Tat um einen rein humanitären Einsatz zugunsten der Gemeinschaft im Katastrophenfall, dessen Verweigerung sich regelmässig weder aus religiösen noch ethischen Gründen zu rechtfertigen vermag. Die Bereitschaft, Zivilschutz zu leisten, ist somit in besonderer Weise geeignet, die zukünftige Haltung des Dienstverweigerers aus Gewissensgründen im weiteren Umfeld der Landesverteidigung durch die Armee daraufhin abzuschätzen, ob nach dem Ausschluss aus der Armee noch mit weiteren Konfliktsituationen und entsprechenden strafrechtlichen Sanktionen ernsthaft gerechnet werden muss oder aber ausnahmsweise eine positive Zukunftsprognose im Sinne von Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG gerechtfertigt erscheint. Ist die ernsthafte Bereitschaft zum Leisten von Zivilschutzdienst bei einem Dienstverweigerer, der im Sinne von Art. 81 Ziff. 2 MStG in schwerer Gewissensnot gehandelt hat, vorhanden, kann eine günstige Prognose nicht mehr generell ausgeschlossen werden. Sie ist vielmehr dann zu bejahen, wenn auch die weiteren Umstände dem nicht entgegenstehen. 106

Vorliegend hat die Vorinstanz dem Angeklagten angesichts der konkreten Umstände zu Recht eine gute Prognose gestellt; der ihm gewährte bedingte Strafvollzug ist demnach nicht zu beanstanden. Allerdings rechtfertigt es sich, die Pflicht zur Leistung von Zivilschutzdienst als Weisung im Sinne von Art. 32 Ziff. 2 Abs. 1 MStG ins Urteil aufzunehmen. In diesem Sinne ist die Ziff. 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Strafsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. (17. April 1991, Aud. e. MAG 2A) 27. Dienstverweigerung durch Weigerung, sich die Haare vorschriftsgemäss schneiden zu lassen (Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1 MStG) Ziff. 573 VA 80 (Haarschnitt) konkretisiert die in der MO verankerte allgemeine Wehrpflicht und beruht insofern auf hinreichender gesetzlicher Grundlage; sie bewirkt einen geringfügigen Eingriff in die persönliche Freiheit des Wehrmannes und erscheint insofern verhältnismässig. Zwischen dem obligatorischen Truppendienst, der vorab dem Einsatz der Waffen gilt, und dem freiwilligen militärischen Frauendienst besteht ein wesentlicher Unterschied; er rechtfertigt unterschiedliche Vorschriften betreffend den Haarschnitt, so dass Ziff. 573 VA 80 insofern vor Art. 4 Abs. 2 BV (Gleichberechtigung von Mann und Frau) standhält. Bestätigung der Rechtsprechung über die Abgrenzung von Dienstverweigerung und Dienstversäumnis sowie über die Berücksichtigung allfälliger verminderter Zurechnungsfähigkeit als Strafmilderungsgrund (der die Tatbestandsmässigkeit grundsätzlich nicht berührt). Refus de servir par refus de se laisser couper les cheveux conformément aux prescriptions (art. 81, eh. 1, al. 1 CPM) le chiffre 573 OSM (coupe de cheveux) concrétise l'obligation générale de servir consacré par l'OM et bénéficie ainsi d'une base légale suffisante; il a pour effet une limitation peu importante de la liberté personnelle du militaire et répond ainsi à l'exigence de proportionnalité. Il y a une différence essentielle entre le service militaire obligatoire, qui vise principalement l'engagement des armes, et le service militaire féminin, qui est volontaire; cette différence justifie la divergence des prescriptions relatives à la coupe des cheveux, de telle sorte que, sous cet aspect, l'art. 573 OSM 80 est compatible avec l'art. 4, al. 2 Cst. (égalité de l'homme et de la femme). Confirmation de la jurisprudence sur la délimitation entre refus de servir et insoumission intentionnelle, ainsi que sur la prise en compte d'une éventuelle capacité

de discernement restreinte en tant que motif de réduction de la 107

peine (qui ne touche pas en principe les éléments constitutifs de l'infraction). Rifiuto de/ servizio dovuto al rifiuto di lasciarsi tagliare i capelli secondo le prescrizioni (art. 81 n. 1 cpv.1 CPM) 11 numero 573 OPCM 80, concernente il taglio dei capelli, concretizza l'obbligo generale del servizio ancorato nell'organizzazione militare e beneficia così di una base legale sufficiente; ha quale effetto una limitazione di poco conto della libertà personale del militare e appare pertanto proporzionata. Esiste una differenza essenziale tra il servizio militare obbligatorio, che mira soprattutto all'impiego delle armi e il servizio militare femminile, volontario; questa differenza giustifica differenti prescrizioni concernenti il taglio dei capelli, cosicché il numero 573 OPCM 80 è compatibile con l'articolo 4 capoverso 2 della Costituzione (uguaglianza tra uomo e donna). Conferma della giurisprudenza sui limiti tra rifiuto e omissione del servizio, così come sulla considerazione di un'eventuale scemata responsabilità quale motivo di attenuazione della pena (che non tocca in linea di principio gli elementi costitutivi dell'infrazione).

Feststellungen: A. Watm Sdt R. weigerte sich im WK 1987, seine Haare gemäss Vorschrift schneiden zu lassen. Deswegen wurde er mit fünf Tagen scharfen Arrests bestraft und aus dem WK entlassen. Vor dem WK 1988 nahm er mit seinem KpKdten Kontakt auf und kündigte an, dass er mit schulterlangen Haaren einrücken werde. Nach dem Einrücken kam es zu einer erneuten Weigerung, die Haare gemäss Ziffer 573 VA 80 kürzen zu lassen. Wiederum wurde Sdt Watm R. entlassen. B. Gestützt auf diese Vorfälle wurde R. vor Divisionsgericht 6 am 9. April 1990 des Ungehorsams -im Sinne von Art. 61 Ziff. 1 Abs. 1 MStG schuldig gesprochen und mit vierzehn Tagen Gefängnis bestraft. Gleichzeitig wurde der Verurteilte aus der Armee ausgeschlossen, und es wurden ihm die Verfahrenskosten überbunden. C. Gegen dieses Urteil erklärten sowohl der Auditor Div Ger 6 als auch R. die Appellation. Mit Entscheid vom 28. August 1990 verurteilte das MAG 28 Sdt Wafm. R. wegen Dienstverweigerung gemäss Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1 MStG zu zwei Monaten Gefängnis. Im übrigen wurde das erstinstanzliche Urteil bestätigt. D. Mit fristgerechter Kassationsbeschwerde an das MKG beantragt R. die Aufhebung des angetochtenen Urteils und die Rückweisung der Strafsache an die Vorinstanz. 108 l

Der Auditor Div Ger 6 beantragt die Abweisung der Kassationsbeschwerde. Der Präsident des MAG 28 hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Aus den Erwägungen: 1. Der Beschwerdeführer beschränkt sich darauf, die Aufhebung des Urteils vom 28. August 1990 und die Rückweisung zu neuer Beurteilung durch die Vorinstanz zu verlangen. Diesen Begehren lassen sich im Hinblick auf Art. 189 Abs. 2 MStP hinreichend konkrete Anträge nicht entnehmen; indessen ergibt sich aus der Beschwerdebegründung, dass R. wie schon vor der Vorinstanz in erster Linie auf einem Freispruch beharrt. Eventuell wird eine Verurteilung wegen Nichtbefolgung einer Dienstvorschrift und subeventuell die Herabsetzung der Strafe von zwei Monaten Gefängnis verlangt. Auf die Kassationsbeschwerde kann somit eingetreten werden. 2. Das MAG 28 ist davon ausgegangen, R. habe die eindeutige Haarschnittvorschrift in Ziffer 573 VA 80 missachtet und dabei in Kauf genommen, den Militärdienst nicht leisten zu können. Der Verurteilte habe angesichts der feststehenden Rechtsprechung der Militärgerichte (verwiesen wird indirekt auf MKGE 1973 Nr. 9 und Entscheide der MAG 2A und B) - die Gesetzesgrundlage dieser Dienstvorschrift zurecht nicht in Abrede gestellt. Nach feststehender Rechtsprechung des MKG (MKGE 9 Nr. 9 und 136) sei auch ein hinreichendes öffentliches Interesse für diesen Eingriff in die persönliche Freiheit des

Wehrpflichtigen zu bejahen. Tatsächlich diene die als verfassungswidrig angefochtene Vorschrift über den Haarschnitt der Sicherstellung, der Hygiene und der Förderung eines reibungslosen Dienstbetriebes. Entgegen dem Vorbringen der Verteidigung stehe dagegen nicht ausschliesslich das einheitliche Erscheinungsbild der Truppe in Frage. So dann könne es im Hinblick auf den neuen Art. 4 Abs. 2 BV auch nicht entscheidend darauf ankommen, dass Ziffer 573 VA 79 nur auf die männlichen Truppenangehörigen zugeschnitten sei, sei doch der freiwillige Militärdienst der Frauen, d.h. grundsätzlich ohne Waffeneinsatz, mit jenem andern obligatorischen Militärdienst nicht zu vergleichen.

3. Nach Auffassung des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Persönlichkeit des Wehrmannes im Zusammenhang mit Ziffer 573 VA 80 zu Unrecht bejaht. Diese Dienstvorschrift müsse daher als verfassungswidrig ausser Betracht fallen. Das Militärkassationsgericht habe sich zwar in seinem Entscheid MKGE 9 Nr. 9 im Zusammenhang mit der Ziffer 573 VA 80 vorangegangenen Norm in aDR Ziffer 203 bis dahin ausgesprochen, dass für eine Vorschrift betreffend den militärischen Haarschnitt ein hinreichendes öffentliches Interesse vorliege und auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nachgelebt werde. Indessen ergebe sich aus der systematischen Einordnung der neuen Ziffer 573 VA 80 im 3. Kapitel mit der Überschrift "Umgangsformen und Anzug" und im 2. Abschnitt mit der Überschrift "Anzug" ganz eindeutig, dass die geltende Vorschrift über den Haarschnitt nur das äussere Erscheinungsbild der Truppe anvisiere. Bezeichnenderweise werde denn auch in Absatz 2 dieser Dienstvorschrift festgehalten, dass im aktiven Dienst die Bestimmungen für den Schnitt von Kopf- und Barthaaren eingeschränkt werden können. In Zeiten, da kein Aktivdienst zu leisten sei, sei sodann auch nur gerade vom Kopfhaar die Rede. Ginge es dabei tatsächlich um die Hygiene und den Dienstbetrieb im Sinne der Rechtsprechung in MKGE 9 Nr. 9, wäre eine Gleichbehandlung des Barthaars mit dem Kopfhaar unumgänglich. Als Vorschrift für das äussere Erscheinungsbild der Truppe missachte aber Ziffer 573 VA 80 den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

4. Das MKG hat sich im (unveröffentlichten) Entscheid vom 7. Dezember 1982 i.S. K. eingehender mit der Frage der Verfassungsmässigkeit der angefochtenen Dienstvorschrift befasst. Dabei hat es darauf hingewiesen, dass diese Dienstanweisung angesichts des besonderen Gewaltverhältnisses des Soldaten im Rahmen der Armee aufgrund der verfassungsmässigen und in der MO verankerten allgemeinen Wehrpflicht nicht nur auf einer hinreichenden Gesetzesgrundlage beruhe, sondern auch als verhältnismässig zu gelten habe. Bei dieser Haarschnittvorschrift handle es sich einerseits um einen geringfügigen Eingriff in die persönliche Freiheit des Wehrmannes und andererseits diene die Vorschrift dem persönlichen Schutz des Wehrmannes, bei der Ausübung seiner militärischen Tätigkeit. Die Dienstanweisung sei daher durch den im öffentlichen Interesse, liegenden Zweck des Militärdienstes selber gerechtfertigt, wie dies auch im Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission vom 1.3.1979 i.S. S. festgehalten worden sei. An dieser Betrachtungsweise ist festzuhalten, auch wenn dem Beschwerdeführer gegenüber einzuräumen ist, dass die systematische Einordnung der Ziffer 573 VA 80 in erster Linie an das äussere Erscheinungsbild der Truppe denken lässt. Indessen handelt es sich bei dieser Einordnung nur um ein Element unter verschiedenen anderen, die alle gemeinsam der Gehaltsermittlung des Gesetzes im weiteren Sinne dienen. Den Sinn und Zweck einer Vorschrift ausschliesslich nach deren Stellung in einem grösseren Normgefüge zu beurteilen, kann deshalb nicht angehen. Dies gilt umso mehr, als zahlreiche Rechtsnormen unter verschiedenen Gesichtspunkten eingeordnet werden können, eine

Wiederholung an verschiedenen Orten aber schon aus Gründen einer Gesetzgebungseconomie unterbleiben muss. Unbehelflich muss sodann bleiben, dass für Zeiten des Aktivdienstes einschneidendere Vorschriften vorbehalten werden. Ein solcher

110

Vorbehalt lässt auf jeden Fall nicht den zwingenden Umkehrschluss zu, eine Vorschrift betreffend den Haarschnitt müsse ausserhalb des Aktivdienstes zum vornherein ohne Rechtfertigung bleiben. Gleiches gilt auch für den Umstand, dass sich die beanstandete Ziffer 573 VA 80 für die Friedenszeiten auch nicht eigens zum Barthaar äussert. Im übrigen hat die Vorinstanz auch zurecht auf den Unterschied zwischen dem Einsatz der Frauen in der Armee und dem obligatorischen Truppendienst, der vorab dem Einsatz der Waffen gilt, hingewiesen. Die Berufung auf Art. 4 Abs. 2 BV verfängt somit nicht. 5. Der Beschwerdeführer beanstandet sodann die Verurteilung wegen Dienstverweigerung. Er bestreitet freilich nicht generell, dass mit der Missachtung der Haarschnittvorschrift auch die Verunmöglichung der Militärdienstleistung einhergehen kann, und zwar derart, dass die Verweigerung des Militärdienstes in Kauf genommen wird (siehe MKGE 10 Nr. 11 und zuletzt MKGE vom 17.4.1991 i.S. P., je mit weiteren Hinweisen). Indessen bringt er vor, dass er nicht zur Zeit der Tat, sondern erst im Laufe des militärgerichtlichen Verfahrens das entsprechende Bewusstsein erlangt habe, mit der Weigerung, das Haar zu kürzen, auch die Verweigerung des Militärdienstes in Kauf zu nehmen. a) Mit diesem reichlich formal anmutenden Einwand ist der Beschwerdeführer nicht zu hören. Im Lichte von MKGE 1 O N r. 17 hat die Vorinstanz zurecht das gesamte und sich über eine lange Zeitspanne hinziehende Verhalten von R. gewürdigt und sich nicht ausschliesslich auf eine nachträgliche Reflexion des Beschuldigten bzw. Angeklagten gestützt. Die Bedeutung dieses Verhaltens musste Sdt Wafm R. im Zusammenhang mit dem WK 1988 umso klarer in Erscheinung treten, als eine Entlassung schon im WK 1987 stattgefunden hatte und ein Jahr später mit dem KpKdten einlässliche Gespräche geführt werden konnten, welche die Tragweite der weiteren Weigerung, das Haar schneiden zu lassen, über die konkrete Befehlsmissachtung hinaus klar vor Augen führten. b) Freilich muss die Ablehnung der Dienstpflicht nicht in jedem Fall zu einer Dienstverweigerung führen, vielmehr kann auch eine blosses Dienstversäumnis in Frage stehen (MKGE 1 O N r. 17, 9 N r. 104). Massgebendes Kriterium für den Entscheid über die Frage, ob Dienstverweigerung oder Dienstversäumnis vorliegt, ist nach der feststehenden Rechtsprechung des MKG der Beweggrund des Täters. Liegt das Motiv in der Absicht, sich der Dienstpflicht zu entziehen, so ist auf Dienstverweigerung zu erkennen. Handelt der Täter ohne diese Absicht, sind für ihn Gründe ausserhalb des Militärdienstes massgebend, so liegt Dienstversäumnis vor. Daran vermag grundsätzlich auch der Umstand nichts zu ändern, dass dem Täter eine verminderte Zurechnungsfähigkeit zuzubilligen ist. Dieser Umstand ist nach der konstanten Rechtsprechung des MKG bei der Schuldfähigkeit bzw. bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, nicht dagegen bei der rechtlichen

111

Qualifikation der Tat (MKGE vom 19. Mai 1978 i.S. V., bestätigt in MKGE vom 30. März 1979 i.S. H., vom 18. Juni 1979 i.S. A., vom 20. Dezember 1979 i.S. M. und MKGE 1980 Nr. 5., MKGE Bd. 10 Nr. 5). Vorbehalt bleibt nach dieser Rechtsprechung der Fall, wo eine gewisse Unzurechnungsfähigkeit eher zufällig auch zur Ablehnung des Militärdienstes führt (MKGE vom 30. März 1979 i.S. H. mit weiteren Hinweisen). Letzteres durfte die Vorinstanz aufgrund des Beweisergebnisses ohne Rechtsverletzung verneinen. 6. Nicht zu beanstanden ist schliesslich die Strafzumessung. Das MAG 28 hat de

r - aufgrund einer psychischen Instabilität (Angstneurose) - verminderten Zurechnungsfähigkeit in einer Art und Weise Rechnung getragen, die im Lichte der zitierten Rechtsprechung keineswegs als willkürlich, d.h. völlig haltlos bezeichnet werden kann. Bezeichnenderweise substantiiert der Beschwerdeführer seine Willkürklage denn auch nicht näher. ~ 7. Bei diesem Verfahrensausgang sind dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 199 MStP). (17. April 1991, R. e. MAG 28) 28. -Vorladung zur Hauptverhandlung, angemessene Vorladungsfrist; Einrückungsfähigkeit a/s Voraussetzung vorsätzlicher Dienstversäumnis (Art. 125 Abs. 1 MStP; Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG) Wird ein Angeklagter weniger als zehn Tage vor der Hauptverhandlung zu dieser vorgeladen, so liegt hierin nur dann eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften, wenn ihm dadurch ein Rechtsnachteil erwächst. Kein Rechtsnachteil, wenn kurzfristig zur Fortsetzung einer Hauptverhandlung vorgeladen wird, zu deren Vorbereitung hinreichend Zeit bestand. Die Einrückungsfähigkeit bestimmt sich namentlich nach zwei Gesichtspunkten: Einerseits soll ein Armeeingehöriger ohne Begleitung mit öffentlichen Verkehrsmitteln den befohlenen Ort mit der befohlenen Ausrüstung erreichen können; andererseits soll der Entscheid über die Dienstauglichkeit dem Truppenarzt vorbehalten bleiben und nicht durch eine zu weite Umschreibung der Einrückungsfähigkeit vorweggenommen werden. Einrückungsfähigkeit bejaht, wenn es einem Armeeingehörigen möglich gewesen wäre, mit geringfügiger Hilfe seine Ausrüstung zum Bahnhof zu transportieren, um dort die Dienste des Bahnpersonals zu beanspruchen; oder wenn er, nötigenfalls, beim Einheitskommandanten eine Dispensation vom Einrücken mit der Ausrüstung hätte erwirken können. . . 112

Citation à l'audience principale; délai approprié; aptitude à entrer en service en tant que condition préalable de l'insoumission intentionnelle (art. 125, al. 1 PPM; art. 81, eh. 1, al. 2 CPM) Lorsque l'accusé est cité à comparaître aux débats moins de dix jours avant l'audience principale, il n'y a violation d'une disposition essentielle de la procédure que si l'accusé est lésé dans ses intérêts juridiques. Ceci n'est pas le cas lorsque l'accusé est cité à brève échéance à comparaître à la reprise d'une audience principale et avait disposé d'un temps suffisant pour la préparer. L'aptitude à entrer en service doit notamment être appréciée selon deux critères: d'une part, le militaire doit être en mesure d'atteindre par ses propres moyens le lieu d'entrée en service prescrit, avec l'équipement requis, sans être accompagné et par les moyens de transport publics; d'autre part, la décision sur l'aptitude au service demeure réservée au médecin de troupe et ne doit pas être préjugée par une conception trop large de l'incapacité de se présenter à l'entrée en service. Il y a lieu d'admettre que le militaire était capable de se présenter à l'entrée en service, lorsqu'il était en mesure, avec une aide minime, de transporter son équipement à la gare et d'y bénéficier des services du personnel ferroviaire, ou encore lorsqu'il aurait pu solliciter au besoin, et obtenir du commandant d'unité, une dispense d'amener son équipement à l'entrée en service.

Citazione al dibattimento, termine adeguato; capacità di entrare in servizio quale presupposto per l'omissione intenzionale del servizio (art. 125 cpv. 1 PPM; art. 81 n. 1 cpv. 2 CPM) Se un accusato viene citato a comparire ai dibattimenti con un termine minore di dieci giorni, à data una violazione di disposizioni essenziali di procedura solo qualora lo stesso debba subire un pregiudizio. Nessun pregiudizio nel caso in cui un accusato viene citato a breve termine, per la continuazione di un dibattimento per il quale ha avuto sufficiente tempo per prepararsi. La capacità di entrare in servizio deve essere apprezzata soprattutto secondo due criteri: da un lato il militare deve poter raggiungere il luogo dell'entrata in servizio con l'equipaggiamento prescritto, senza accompagnamento e con i

mezzi pubblici; dall'altro, la decisione sull'abilità al servizio rimane riservata al medico di truppa e non dev~ essere pregiudicata da una descrizione troppo ampia dell'impossibilità di entrare in servizio. Capacità di entrare in servizio confermata nel caso in cui un militare sarebbe stato in grado di presentarsi all'entrata in servizio, con t;an aiuto minimo per il trasporto del suo equipaggiamento fino alla stazione, al fine di usufruire~ dei servizi del personale ferroviario, come pure qualora avesse potuto chiedere al comandante di compagnia una dispensa dal presentarsi con l'equipaggiamento. 113

Feststellungen: . . A. Das Divisionsgericht 7 verurteilte Oblt D. am 13. Juli 1990 wegen wiederholter vorsätzlicher Dienstversäumnis im Sinne von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG, bestrafte ihn mit einem Monat Gefängnis, gewährte ihm den bedingten Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren und auf .. erlegte ihm die Verfahrenskosten. B. Oblt D. appellierte gegen dieses Urteil. Am 11. Dezember 1990 sprach ihn das Militärappellationsgericht 28 von der Anklage der Dienstversäumnis im Zusammenhang mit dem KVK und EK 1986 (ohne Entschädigung und ohne Kostenausscheidung) frei, verurteilte ihn jedoch wegen vorsätzlicher Dienstversäumnis im Sinn von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG im Zusammenhang mit dem KVK und EK 1987, bestrafte ihn mit 15 Tagen Gefängnis, gewährte ihm den bedingten Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, bestätigte den erstinstanzlichen Kostenspruch und auferlegte ihm die Hälfte der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten. C. Oblt. D. führt Kassationsbeschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Urteils des Militärappellationsgerichts 28 und die Rückweisung der Sache zur Freisprechung an die Vorinstanz oder, eventuell, die Überweisung der Sache zur Neuurteilung an ein anderes Militärappellationsgericht, je unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Bundes. Der Auditor beantragt die Abweisung der Kassationsbeschwerde. Abgesehen von einer Erklärung zum Vorwurf der Verteidigung betreffend Ansetzung der zweiten Hauptverhandlung des Militärappellationsgerichts 28, verweist dessen Präsident auf das angefochtene Urteil (Art. 187 Abs. 2 MStP). Aus den Erwägungen: 1. Der Beschwerdeführer macht vier Kassationsgründe geltend: Während der vorinstanzlichen Hauptverhandlung seien wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt worden (Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP); das angefochtene Urteil enthalte eine Verletzung des Strafgesetzes (Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP) und entbehre hinreichender Entscheidungsgründe (Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP); endlich widersprächen wesentliche tatsächliche Feststellungen des angefochtenen Urteils dem Ergebnis des Beweisverfahrens (Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP). . 2.a) Eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften erblickt der Beschwerdeführer darin, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 11. Dezember 1990 seinem Verteidiger erst am 5. Dezember 1990 zugestellt worden sei. Demgegenüber gebiete Art. 125 Abs. 1 MStP, einen Angeklagten bzw. seinen Verteidiger mindestens 10 Tage vor 114 der Hauptverhandlung vorzuladen, damit er sich darauf vorbereiten und insofern seine Parteirechte wahren könne. b) Die zehntägige Vorladungstrist, auf die sich der Beschwerdeführer bezieht, gilt nach dem Wortlaut von Art. 125 Abs. 1 MStP "in der Regel". Ihre Unterschreitung entspräche nur dann dem Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP, wenn dem Beschwerdeführer "dadurch ein Nachteil entstanden" wäre (MKGE I O N r. 26, 11/1). Da nun berichtet wird, dass bereits am 23. Oktober 1990 eine erste Hauptverhandlung stattgefunden, auf die sich der Verteidiger umfassend vorbereiten musste; ihre Fortsetzung umfasste im wesentlichen die Einvernahme zweier Zeugen. Um dem Verteidiger zu ermöglichen, sich hierauf vorzubereiten, genügte die

verfügbare Zeit, zumal er seit dem 22. November 1990 wusste, dass der Fortsetzungstermin nicht verschoben würde. Die Rüge betreffend Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften erweist sich demnach als unbegründet. 3. Eine Verletzung des Strafgesetzes erblickt der Beschwerdetührer darin, dass die Vorinstanz den Rechtsbegriff der Einrückungstähigkeit verkannt und insotern Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 aMStG unrichtig angewendet habe. a) Am 15. Juli 1991 sind verschiedene Änderungen des Militärstratgeset- zes (v o m 5. Oktober 1990) in Kraft getreten (AS 1991, S. 1352 ff.). Si e be- treffen unter anderem die Dienstversäumnis, die sich neu in Art. 81a gere- gelt findet. Ob diese Bestimmung milder sei als der von der Vorinstanz noch angewendete Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 aMStG (Art. 8 Abs. 2 MStG), kann offen bleiben; denn das Militärkassationsgericht als Kassationsinstanz hat sich, wenn es das angetochtene Urteil unter dem Gesichtspunkt von Art. 185 Abs. 1 Bst. d .MStP überprüft, darauf zu beschränken, ob die Vorin- stanz das Stratgesetz, wie es galt, als sie ihr Urteil fällt, richtig angewen- det habe (BGE 101 IV 361, mit Verweisung aut: BGE 97 IV 235 und 76 IV 261; bestätigt in: BGE vom 26.1.1990 i.S. G.T. [unveröffentlicht]; terner: MKGE 9 Nr. 48, mit Verweisung auf die bundesgerichtliche Rechtspre- chu~g; Hauri, Kommentar MStG, N 8 zu Art. 8). b) Dienstversäumnis i m Sin ne von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 aMStG setzt ei n gültiges Autgebot und die Fähigkeit des Aufgebotehen, ihm zu gehorche,n, voraus. Zum objektiven Tatbestand gehören demnach die Einrückungs- ptlicht und die Einrückungstähigkeit des Autgebotehen, nicht aber dessen Diensttauglichkeit (Hauri, Kommentar MStG, N 17 zu Art. 81, mit Verwei- sungen). Wer objektiv nicht in der Lage ist einzurücken, ist hierzu auch nicht verpflichtet (MKGE 9 Nr. 22 und 67; Hauri, ,Kommentar MStG N 20 zu Art. 81; zur Reisetähigkeit bei psychischer Erkrankung: MKGE 10 Nr. 8, E. 2, und 9 Nr. 65). Ob es einem Armeeehgehörigen objektiv unmöglich sei einzurücken, bestimmt sich vorab nach zwei Gesichtspunkten: Einerseits erfordert der Militärdienst eine persönliche Leistung, die grundsätzlich 115

selbständig o h ne .wesentliche Hilfe Dritter, z u erbringen ist; e in Armeean- gehöriker soll ohne Begleitung mit öffentlichen Verkeh~smitteln den befoh- lenen Ort mit der befohlenen Ausrüstung erreichen können. Andererseits soll die Diensttauglichkeit möglichst objektiv- beurteilt werden können, der Ent- scheid hierüber dem Truppenarzt vorbehalten bleiben und nicht durch eine zu weite Umschreibung der Einrückungsfähigkeit vorweggenommen wer- den. e) Die. Vorinstanz hat nun zu Recht angenommen, der Beschwerdeführer hätte bei der Benützung der Eisenbahn Hilfe finden können, u m -die Tür zu öffnen und zwar, wie zu präisieren ist, -nicht nu r bei Mitreisenden, sondern auch beim zu derartigen Diensten verpflichteten Bahnpersonal. Die fragli- che Behinderung machte den Beschwerdeführer nicht reiseunfähig. Zum Transport der Ausrüstung von seiner Wohnung zum Bahnhof war er per- sönlich nicht imstande, doch ersche,int die fremde Hilfe (Sekretärin, Taxi- fahrer), die er allenfalls hätte beanspruchen _ müssen, zu geringfügig, um seine Reisefähigkeit ernsthaft in Frage zu stellen: umso weniger, als er aufgrund seines Arzteugnisses beim Einheitskommandanten eine Dispensation vom Einrücken mit der Ausrüstung hätte erwirken können. Unter diesen Umständen brauchte die Vorinstanz weitere Ein.zelheiten, wie die Art der Zugverbindungen von Rorschach nach Frauenfeld oder deren Frequenz durch übrige Passagiere, nicht näher abzuklären. Auf den Ein- wand des Beschwerdeführers, er hätte nur in Zivilkleidern einrücken kon- nen, was seiner Einrückungsunfähigkeit gleichkomme, kann nicht einge- treten werden; denn die vorinstanzlichen Erwägungen enthalten keine ent- sprechenden tatsächlichen Feststellungen, und willkürliche Beweiswürdi- gung wurde in diesem Zusammenhang nicht geltend gemacht. Abgesehen davon, vermöchte das Arzteugnis, auf das sich der

Beschwerdeführer be- ruft, kaum zu belegen, er habe seine Uniform nicht anziehen können und hätte deswegen in Zivilkleidern einrücken müssen. Soweit die Rüge der Verletzung des Strafgesetzes im Zusammenhang mit der Ein- rückungsfähigkeit des Beschwerdeführers erhoben wurde und soweit dar- auf eingetreten werden kann, erweist sie sich demnach als unbegründet. 4. Eine willkürliche Beweiswürdigung erblickt der Beschwerdeführer in der Annahme der Vorinstanz, er habe um seine Einrückungsfähigkeit gewusst. Sodann beanstandet er, dass sie sich über das zum Vorsatz gehörende Willenselement nicht ausgesprochen habe; hierin erblickt er entweder eine Verletzung des Strafgesetzes oder aber das Fehlen hinreichender Ent- scheidungsgründe. a) Die Vorinstanz bejahte den Eventualvorsatz des Bes.chwerdeführers mit dem Hinweis, er sei, medizinisch betrachtet, in der Lage gewesen einzu- rücken, habe u_m seine Einrückungsfähigkeit gewusst und sei dennoch nicht eingerückt: dadurch habe er zumindest hingenommen, gegen seine Dienstpflicht zu ver~tossen. 116

b) Ob die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend den Vorsatz auf willkür- licher Beweiswürdigung beruhen oder das Strafgesetz verletzen, beurteilt sich anhand der Entscheidungsgründe. Vorweg fragt sich daher, ob diese hierfür ausreichen. Der entsprechende vom Beschwerdeführer. angerufene Kassationsgrund (Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP) ist allerdings nicht schon er- füllt, wenn die Erwägungen einer Vorinstanz mangelhaft sind. Der Zweck der Urteilsbegründung erschöpft sich vielmehr "darin, den Parteien die Überlegungen des Gerichtes ... bekanntzugeben und dem Kassations- gericht gegebenenfalls die Überprüfung auf Gesetzesverletzung\ hin zu er- möglichen" (MKGE 8 Nr. 17, E. 11/1; ebenso: MKGE 9 Nr. 92, E. 2, und Nr. 148; alle noch zu Art. 188 Abs. 1 Ziff. 7 MStGO; Bestätigung dieser Recht- sprechung mit Bezug auf Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP: MKGE 10 Nr. 59, E. 2). Welche Anforderungen an die Begründung des Vorsatzes zu stellen sind, lässt sich nicht allgemein beantworten. Je klarer und unproblemati- scher sich der objektive Tatbestand erweist, umso summarischer mag der Vorsatz begründet werden. Vorliegend aber gab die zum objektiven Tatbe- stand gehörende Einrückungspflicht zu verschiedenen Fragen Anlass, die einer sorgfältigen Begründung des Vorsatzes gerufen hätten. Dass der Be- schwerdeführer um seine Einrückungsfähigkeit gewusst haben soll, wäre beispielsweise aufgrund seiner eigenen Vorbringen sowie der Aussagen verschiedener Zeugen, sein Einrückungswille aufgrund weiterer Umstände (etwa der militärischen Führung) zu beurteilen gewesen. Statt dessen be- gnügte sich die Vorinstanz mit Wendungen, die einer Leerformel gleich- kommen. Diesen Eindruck dürfte auch der Auditor gewonnen haben, des- sen Vernehmlassung vom 12. März 1991 in diesem Punkt eine Art Ersatz- begründung enthält. Massgebend für das Militärkassationsgericht ist indes das angefochtene Urteil; dieses gestattet keine zuverlässige Überprüfung der vorinstanzlichen Rechtsanwendung mit Bezug auf den Vorsatz des Be- schwerdeführers. Insofern entbehrt es hinreichender Entscheidungsgrün- de, weshalb 'es aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vor- instanz zurückzuweisen ist. 5. Der Beschwerdeführer, der mit seinen Anliegen teilweise durchgedrun- gen ist, hat soweit er unterlegen ist, die Verfahrenskosten anteilmässig zu tragen; soweit er obsiegt hat, steht ihm eine anteilmässige Entschädigung für seine Anwaltskosten zu. Beides gegeneinander verrechnet, führt zu ei- ner reduziert_en Entschädigung (Art. 193 Abs. 1 und 2 MStP). (19. September 1991, D. e. MAG 28) 117

29. Angemessene Entschädigung für Anwaltskosten bei privater Verteidi- gung (Art. 117 Abs. 3 Bst. e MStP) Die angemessene Entschädigung für Anwaltskosten richtet sich bei

privater Verteidigung naeh der Entschädigungsordnung für Anwälte. Sie gilt einheitlich für die eidgenössische Militärgerichtsbarkeit und braucht insofern nicht ohn~ weiteres den Anwaltstarifen des kantonalen öffentlichen Rechts zu entsprechen. Die für die amtliche Verteidigung erlassenen Entschädigungsansätze sind auf die private Verteidigung nicht anwendbar. Angemessenheit eines Stundensatzes von Fr. 120.-- für private Verteidigung; dem Gericht steht indes zu, den behaupteten Zeitaufwand zu überprüfen; allenfalls ungewöhnlicher Zeitaufwand im vorinstanzlichen Verfahren ist in jenem Verfahren und nicht erst im Rekursverfahren geltend zu machen. /ndemnité équitable pour frais d'avocat dans le cas d'un défenseur choisi (art. 117, al. 3, lettre e PPM) L'indemnité équitable pour frais d'avocat dans le cas d'un défenseur choisi doit être déterminée selon le tarif des honoraires d'avocat. Ce tarif s'applique de manière uniforme pour la justice militaire, de telle sorte qu'il ne doit pas nécessairement correspondre à tous égards aux tarifs des honoraires d'avocat du droit public cantonal. Le tarif des indemnités allouées aux défenseurs d'office n'est pas applicable au cas des défenseurs choisis. Un tarif d'indemnité de Fr. 120.-- par heure parait approprié dans le cas d'un défenseur choisi; il est cependant loisible au tribunal de vérifier le nombre d'heures allouées; le cas échéant, il y a lieu de faire valoir déjà dans la procédure de l'instance antérieure (et non pas seulement dans la procédure ultérieure de recours) que le nombre d'heures requis par la cause sort du cadre habituel. Congrua indennità per le spese di un avvocato di fiducia (art. 117 cpv. 3 lett. e PPM) La congrua indennità per la retribuzione di un avvocato in caso di difesa di fiducia va determinata secondo gli ordinamenti tariffari degli ordini degli avvocati. Questi si applicano in modo uniforme per la giustizia militare e non devono corrispondere necessariamente alle tariffe degli ordini degli avvocati secondo il diritto pubblico cantonale. La tariffa delle indennità concesse ai difensori d'ufficio non è applicabile ai difensori di fiducia. Un'indennità oraria di fr. 120.-- è appropriata nei casi di difesa di fiducia; spetta comunque al tribunale la verifica del preteso tempo impiegato; se del caso, si deve far valere dinanzi all'istanza inferiore e non solo nella procedura di ricorso un impegno in ore eccedente la norma. 118

Feststellungen: A. Das Div Ger 11 hat mit Urteil vom 29. Juni 1990 Fk Pi E. von der Anklage der Dienstverweigerung freigesprochen. Am 11. Oktober 1990 wurde der Freigesprochene vom Bundesamt für Sanität als dienstuntauglich befunden. B. Die Kosten des Verfahrens vor dem Div Ger 11 wurden der Staatskasse überbunden. Dem Freigesprochenen, der sich durch Advokat Dr. J. privat verteidigen liess, wurde eine Entschädigung von Fr. 1'000.-- zuerkannt. C. Das schriftlich begründete Urteil des Div Ger 11 ist dem Freigesprochenen am 27. August 1990 zugestellt worden. Fk Pi E. hat binnen der gesetzlichen Frist von zwanzig Tagen, nämlich am 6.9.1990, gemäss Art. 197 Abs. 1 MStP gegen Ziffer 3 dieses Entscheidens Rekurs erhoben. Er verlangt eine Entschädigung im Umfang der angefallenen Anwaltskosten, d.h. von Fr. 3'540.-- zuzüglich Auslagen. D. Der Auditor Div Ger 11 hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Ein Bericht des Präsidenten Div Ger 11 liegt nicht vor. Aus den Erwagungen: 1. Das Div Ger 11 hat den Freispruch damit begründet, dass der Angeklagte zur Tatzeit zwar fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen, jedoch unfähig, gemäss seiner Einsicht in das Unrecht seiner Tat zu handeln. Bei dieser Beurteilung stützten sich die erstinstanzlichen Richter auf drei zum Teil widersprüchliche psychiatrische Gutachten, die im Rahmen der militärischen Voruntersuchung und der Hauptverhandlung angeordnet worden waren. 2. Das Div Ger 11 hat von einer Kostenaufgabe an den Freigesprochenen im Sinne von Art. 151 Abs. 3 MStP abgesehen. Vielmehr wurde Fk Pi E. antragsgemäss eine Entschädigung für die Kosten

seines erbetenen Verteidigers zugesprochen. Diese Entschädigung wurde' auf Art. 151 Abs. 5 i.V. mit Art. 117 Abs. 3 MStP abgestützt. Den Akten ist nicht zu entnehmen, ob dem Div Ger 11 eine Kostennote seitens des privaten Verteidigers vorgelegt worden ist. Offenbar erschien den erstinstanzlichen Richtern eine leichte Reduktion der grundsätzlich für begründet erachteten Entschädigung deshalb als angezeigt, weil es dem Freigesprochenen durchaus möglich gewesen wäre, einen amtlichen Verteidiger zu wählen. 3. Mit form- und fristgerechtem Rekurs an das Militärkassationsgericht rügt Fk Pi E., dass die seitens des Div Ger 11 vorgenommene Reduktion der Entschädigung für Anwaltskosten sein Recht auf private Verteidigung be-

schneide. Sodann habe die Vorinstanz dem aussergewöhnlich grossen Zeitaufwand von 29 1/2 Stunden seitens des erbetenen Verteidigers in keiner Weise Rechnung getragen. Bei einem „Stundenansatz von Fr. 120.-- ergebe sich eine Entschädigung von Fr. 3'540.--, welcher die tatsächlichen Auslagen im Ausmass von Fr. 581.50 (Fahrspesen Fr. 240.--, Fotokopien und Kopiaturen Fr. 324.--, Porti und Telefone Fr. 17.50) hinzuzurechnen seien, so dass die Entschädigung im Sinne von Art. 151 MStP einen Gesamtbetrag von Fr. 4'121_.50 ausmache. 4. Das Militärkassationsgericht hat in seinem Entscheid MKGE Bd. 10 Nr. 66 grundsätzlich festgehalten, dass sich eine angemessene Entschädigung für Privatverteidiger nach der Entschädigungsordnung für Anwälte zu richten hat. Dabei wies es darauf hin, dass aus der besonderen Regelung der Entschädigung eines amtlichen Verteidigers keine Rückschlüsse auf die im neuen Militärstrafprozess vorgesehene angemessene Entschädigung eines Privatverteidigers zu ziehen sind. Der Privatverteidiger erfülle seine Aufgabe nicht im Rahmen einer durch das militärische Rechnungswesen geregelten dienstlichen Verrichtung. Vielmehr sei er aufgrund eines privatrechtlichen Auftrages tätig. Komme es zu einer militärgerichtlichen Verurteilung und stehe dem Verurteilten keine Entschädigung für Anwaltskosten zu, so habe dieser die Kosten seiner Verteidigung grundsätzlich selber zu tragen, obwohl sich das Militärstrafverfahren zum Prinzip der notwendigen Verteidigung bekenne. Diesem Kostenrisiko könne sich ein Angeklagter durch die Wahl eines amtlichen Verteidigers entziehen. Daraus dürfe aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass im Falle des vollumfänglichen oder teilweisen Freispruchs sich die angemessene Entschädigung für Anwaltskosten nur in jenem Rahmen zu bewegen habe, in welchem die Gerichtskasse einen amtlichen Verteidiger hätte entschädigen müssen. Dem Angeklagten stehe im Militärstrafverfahren das Recht auf einen Privatverteidiger grundsätzlich zu. Für die daraus entstehenden Anwaltskosten sehe der neue Militärstrafprozess im Falle des Freispruchs eine angemessene Entschädigung vor. Wenn aber der ganz oder teilweise Freigesprochene im Umfang des Freispruches und im Rahmen einer angemessenen Entschädigung seines Kostenrisikos für einen Privatverteidiger entlastet werde, so habe sich diese Entschädigung grundsätzlich nach der Entschädigungsordnung für Anwälte zu richten. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die private Anwaltstätigkeit eines Privatverteidigers vor einer auch hinsichtlich der Frage der Parteientschädigung einheitlich geregelten eidgenössischen Gerichtsbarkeit ausgeübt wird und dass der Militärstrafprozess von einer angemessenen und damit nicht in jedem Fall vollen Entschädigung im Sinne der dem kantonalen öffentlichen Recht angehörenden Anwaltsstarife spreche (MKGE Bd. 10 Nr. 66 Erw. 5). Im Sinne dieser allgemeinen Erwägungen hat das Militärkassationsgericht im Jahre 1984 unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung 120

ei nen Stundenansatz von Fr. 100.-- als Minimalentschädigung für einen Privatverteidiger angesehen. Dementsprechend wurde die Vorinstanz angewiesen, das Entschädigungsbegehren des Freigesprochenen neu zu überprüfen. 5. Im Lichte dieser Rechtsprechung, an der festzuhalten ist, ist der heute von Fk Pi E. geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 120.-- für die anwaltliche Tätigkeit seines Privatverteidigers grundsätzlich nicht zu beanstanden. Das Div Ger 11, das sich im Widerspruch dazu zu Unrecht von der Entschädigung des amtlichen Pflichtverteidigers hat leiten lassen, hat sich daher über das Entschädigungsbegehren erneut auszusprechen. Es wird daher zu prüfen haben, ob der seitens der Privatverteidigung geltend gemachte Zeitaufwand von 29 1/2 Stunden als angemessen bezeichnet werden kann. Zudem hat sich die Vorinstanz auch über die Art und Bedeutung der Privatverteidigung auszusprechen, da auch diesen Gesichtspunkten im Rahmen einer angemessenen Entschädigung gemäss Art. 151 Abs. 5 i.V. mit Art. 117 Abs. 3 MStP Rechnung zu tragen ist (MKGE Bd. 10 Nr. 66 Erw. 5). Die Vorinstanz wird schliesslich bei der erneuten Überprüfung des Entschädigungsbegehrens auch darüber zu befinden haben, ob der allenfalls aussergewöhnliche Zeitaufwand prozessual rechtzeitig im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht worden ist. Zwar muss der Rekurs gemäss Art. 195 ff MStP echte nova nicht schon zum vornherein gänzlich ausschliessen (vgl. MKGE vom 15.6.1989 i.S. B. mit weiteren Hinweisen), indessen kann es nicht angehen, auf dem Wege des Rekurses nachzuholen, was im vorinstanzlichen Verfahren versäumt worden ist. 6. Ist der Rekurs aus den dargelegten Gründen gutzuheissen, steht dem Rekurrenten gestützt auf Art. 199 Abs. 2 MStP auch für das Verfahren vor dem Militärkassationsgericht eine angemessene Entschädigung für seine Anwaltskosten zu. (19. September 1991, E. e. Div Ger 11) - 30. Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit eines Divisionsgerichts, namentlich über dessen Zuständigkeit zum Entscheid über den Widerruf des bedingten Strafvolzugs (Art. 136 Abs. 1, Art. 159 Abs. 3 und Art. 195 MStP) Der Entscheid über die sachliche Zuständigkeit eines Divisionsgerichts ist ein Zwischenentscheid, wenn das Divisionsgericht seine Zuständigkeit bejaht, jedoch ein Endentscheid, wenn es sie verneint. Kein Rechtsmittel gegen den die Zuständigkeit bejahenden Zwi-

121
schenentscheid, namentlich kein Rekurs; denn die Rüge allfälliger sachlicher Unzuständigkeit kann, gegebenenfalls, im Rechtsmittelverfahren gegen den Endentscheid (Sach- oder Prozessurteil) erhoben werden. Entsprechend kein Rekurs gegen den Entscheid, durch den sich ein Divisionsgericht für sachlich zuständig erachtet, über den Antrag des Auditors auf Widerruf des bedingten Strafvolzugs zu befinden. Moyens de droit contre les décisions relative à la compétence matérielle d'un tribunal de division, notamment pour révoquer le sursis (art. 136, al. 1, art. 159, al. 3 et art. 195 PPM) La décision sur la compétence matérielle d'un tribunal de division est un jugement incident lorsque le tribunal de division confirme sa compétence, mais un jugement final, lorsqu'il la décline. 11 n'existe pas de moyen de droit, en particulier pas de recours, contre le jugement incident confirmant la compétence; en effet, le cas échéant, il est possible de faire valoir le grief d'incompétence ratione materiae dans la voie de recours ouverte contre le jugement final rendu quant au fond ou quant à la procédure. Des lors, un recours n'est pas recevable contre la décision par laquelle un tribunal de division se reconnaît compétent ratione materiae pour statuer sur les conclusions de l'auteur tendant à révoquer le sursis. Mezzi di ricorso contro decisioni di un tribunale di divisione che pronuncia segnatamente su/la propria competenza materia/e circa la revoca della sospensione condizionale de/la pena (art. 136 cpv. 1, art. 159 cpv. 3 e art. 195 PPM) La decisione sulla competenza materiale di

un tribunal di divisione e una decisione incidentale nel caso in cui il tribunale confermi la propria competenza, rispettivamente una decisione finale nel caso in cui la neghi. Non è dato nessun mezzo di impugnazione contro la decisione incidentale che conferma la competenza, segnatamente nessun ricorso; in effetti, se del caso, l'eccezione concernente un'eventuale incompetenza materiale può essere fatta valere nell'ambito del ricorso contro la decisione finale, che statuisce nel merito o nell'ambito procedurale. Conseguente irricevibilità di un ricorso contro la decisione di un tribunale di divisione che si riconosce competente per materia a decidere sulla domanda dell'uditor di revoca della sospensione condizionale. Feststellungen: A. Mit Strafmandat vom 3. Januar 1990 erklärte der Auditor des Divisionsgerichts 11 den Angeklagten schuldig der wiederholten fahrlässigen Dienstversäumnis im Sinne von Art. 82 Abs. 1 MStG, der wiederholten

Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 Ziff. 1 Abs. 1 MStG und des Missbrauchs und der Verschleuderung von Material im Sinne von Art. 73 Ziff. 1 Abs. 1 MStG und bestrafte ihn mit 20 Tagen Gefängnis unter Verweigerung des bedingten Strafvollzugs. Eine Einsprache gegen das Strafmandat wurde nicht erhoben; es erwuchs am 23. März 1990 in Rechtskraft. B. Am 1. Juli 1990 stellte der Auditor den Antrag an das Divisionsgericht 11 auf Beschlussfassung über die Frage des Widerrufs des bedingten Strafvollzugs, welcher dem Verurteilten gemäss Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 7. März 1985 gewährt worden war. Der Auditor begründete seinen Antrag damit, die dem Strafmandat vom 3. Januar 1990 zugrundeliegenden Vergehen fielen in die zweijährige Probezeit, die dem Verurteilten mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 7. März 1985 auferteigt und später von dieser mit Verfügung vom 14. August 1985 sowie mit Beschluss des Divisionsgerichts 108 vom 22. Januar 1986 um jeweils ein Jahr verlängert worden sei. Gemäss Art. 32 Ziff. 3 Satz 1 MStG habe daher das Divisionsgericht 11 über die Frage des Widerrufs des mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich gewährten bedingten Strafvollzugs zu befinden. C. Anlässlich der Hauptverhandlung stellte der amtliche Verteidiger des Verurteilten den Antrag, es sei auf das Begehren des Auditors mangels Zuständigkeit des Divisionsgerichts 11 nicht einzutreten. Mit Beschluss vom 18. Januar 1991 wies das Divisionsgericht 11 die Unzuständigkeitsrede ab, wobei in der Rechtsmittelbelehrung auf die Möglichkeit des Rekurses hingewiesen wurde. D. Am 20. März 1991 erhob der amtliche Verteidiger form- und fristgerecht Rekurs gegen den Beschluss des Divisionsgerichts 11 mit den Anträgen, derselbe sei aufzuheben, und es sei auf das Begehren des Auditors auf Durchführung des Widerrufsverfahrens bezüglich des bedingten Strafvollzugs gemäss Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 7. März 1985 mangels Zuständigkeit nicht einzutreten. E. Der Auditor des Divisionsgerichts 11 beantragt, es sei der Rekurs abzuweisen. Der Präsident des Divisionsgerichts 11 hat auf einen Bericht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 MStP verzichtet. Aus den Erwägungen: 1. a) Gemäss Art. 136 Abs. 1 MStP entscheidet das Divisionsgericht zu Beginn der Hauptverhandlung u.a. über Einsprachen gegen seine sachliche Zuständigkeit. Alsdann ergeht ein Zwischenentscheid in Form eines Beschlusses, der den Parteien grundsätzlich mündlich eröffnet wird (Franz 123

Bollinger, Appellation im Militärstrafprozess, Diss. Zürich 1988, 133). Dieser Zwischenentscheid kann ein Endentscheid sein, falls das Gericht seine Zuständigkeit verneint (Bollinger, a.a.O., 131, 133). Gegen das entsprechende, das Verfahren abschliessende Prozessurteil ist die Appellation gemäss Art. 172 Abs. 1 MStP zulässig; bestätigt das Militärappellationsgericht die Rechtsmittelinstanz den

Unzuständigkeitsentscheid des Divisions- gerichtes, so kann dieser mit der Kassationsbeschwerde beim Militärkassa- tionsgericht angefochten werden (Art. 184 Abs. 1 lit. a und Art. 185 Abs. 1 lit. b MStP). Bejaht dagegen das Divisionsgericht se- ne Zuständigkeit, indem es di e Un- zuständigkeitseinrede _ verwirft, so -kan n gegen d en entsprechenden Zwi- schenentscheid kein selbständiges Rechtsmittel ergriffen werden. Es er- geht dann kein das Verfahren abschliessendes Prozessurteil, so dass di.e - Appellation gegen den positiven Eintretensentscheid unzulässig ist. Aber auch der Rekurs gemäss Art. 195 ff. MStP ist in einem solchen Falle nicht gegeben, handelt es sich doch bei diesem Rechtsmittel um ein solches subsidiärer Art. Stellt sich eine Partei auf den Standpunkt, das Divisi- onsgericht habe seine Zuständigkeit zu Unrecht .bejaht, bleibt sie nicht schutzlos: sie kann diesen Mangel im Rahmen_ einer gegen das Sach- bzw_. Prozessurteil gerichteten Appellation beim Militärappellationsgericht rügen; der entsprechende Entscheid des Militärappellationsgerichtes unterliegt sodann der Kassationsbeschwerde an das Militärkassationsgericht (Art. 184 Abs. 1 lit. a und 185 Abs. 1 lit. b MStP). Kann somit der positive Zu- ständigkeitentscheid eines Divisionsgerichtes im Rahmen der Appellation gegen das Sach- oder Prozessurteil der entsprechenden- Instanz wei- tergezogen werden, besteht kein Grund zur Zulassung des bloss subsidiä- ren Rechtsmittels des Rekurses. Im Gegensatz zu verschiedenen kantona- len Prozessordnungen kennt der Militärstrafprozess keine Möglichkeit, Zwischenentscheide bezüglich der Bejahung der Zuständigkeit separat weiterzuziehen. Die vorstehenden Ausführungen gelten auch dann, wenn sich ein Divisi- onsgericht mit einem Widerruf des bedingten Strafvollzuges- zu befassen hat (Art. 159 Abs. 3, Art. 172 Abs. 3, Art. 184 Abs. 1 lit. a und b MStP; dazu Bollinger, a.a.O., 47). 1 b) 1 m vorliegenden Falle hat sich das Divisionsgericht 11 mit Beschluss vom 18. Januar 1991 im Zusammenhang mit einem Widerrufsverfahren für zuständig erklärt. Da es sich somit um einen positiven Zuständigkeitsent- scheid handelt, ist das Rechtsmittel des Rekurses ausgeschlossen. Auf den Rekurs ist somit nicht einzutreten. 2. Zwar unterliegt der Beschwerdeführer mit seinem Rekurs. Andererseits wurde er durch die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz zur Einreichung des Rekurses verleitet, so dass besondere Gründe im Sinne 124

von Art. 151 Abs. 1 MStP vorliegen, die einen vollständigen Kostenerlass rechtfertigen. Die Kosten sind somit durch den Bund zu übernehmen .. (19. September 1991, M. e. Div Ger 11) 31. Dispense du service militaire des Suisses domiciliés à l'étranger; nul- lité d'une décision de recrutem~nt ou de convocation les astreignant à des services d'instruction; obligation de servir én tant qu'élément de fait de l'insoumission intentionnelle (art. 81, eh. 1 ~ al. 2 CPM) En temps de paix, l~s Suisses domiciliés à l'étranger sont dispensés des services d'instruction. Le domicile est déterminé selon les art. 23 ss CC, en particulier selon l'art. 26 CC, qu.i dispose que le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles ne constitue pas de do- micile. Le juge pénal examine librement une décision de recrutetnent ou de convocation. Nullité d'une telle décision astreignant à des ser- vices d'instruction un Suisse domicilié à l'étranger et séjournant en Suisse à des fins d'études; absence d'un élément de fait objectif de l'insoumission intentionnelle. Dienstbefreiung der im Ausland wohnenden Schweizer; Nichtigkeit einer sie zu Instruktionsdienst verpflichtenden Aushebungs-/Einteil- ungsverfügung; Dienstpflicht als Tatbestandsmerkmal der vorsätzli- chen Dienstversã~mnis (Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG) In Friedenszeiten sind die im Ausland wohnenden Schweizer vom In- struktionsdienst befreit. Der Wohnsitz bestimmt sich nach Art. 23 ff. ZGB,_ namentlich auch nach Art. 26 ZGB, wonach ein Studienauf- enthalt keinen Wohnsitz begründet. Freie Überprüfung einer Aushe- bungs-/Einteilungsverfügung

durch den militärischen Strafrichter. Nichtigkeit einer Aushebungs-/Einteilungsverfügung, durch die ein im Ausland wohnender Schweizer, der sich zu Studienzwecken in der Schweiz aufhält, zum Instruktionsdienst verpflichtet wird; entsprechend Fehlen eines objektiven Tatbestandsmerkmals der vorsätzlichen Dienstversäumnis. Dispensa dal servizio militare di svizzeri domiciliati all'estero; nullità di una decisione di reclutamento o di chiamata che li obbliga al servizio di istruzione; obbligo del servizio quale elemento di fatto costitutivo dell'omissione intenzionale del servizio (art. 81 n. 1 cpv. 2 CPM) In tempo di pace, gli svizzeri domiciliati all'estero sono dispensati dal servizio di istruzione. 11 domicilio si determina secondo gli art. 23 e segg. CCS, segnatamente secondo l'art. 26 CCS, secondo cui la dimora in un luogo allo scopo di frequentarvi le scuole non costituisce

125 domicilio. 11 giudice penale riesamina liberamente una decisione di reclutamento o di chiamata. Nullità di una simile decisione che obbliga al servizio di istruzione uno svizzero domiciliato all'estero che dimora in Svizzera a scopi di studio; mancanza di un elemento di fatto oggettivo costitutivo dell'omissione intenzionale del servizio. Résumé des faits: A. Par jugement du 28 mars 1991, le Tribunal militaire d'appel 1 A a reconnu la recrue non incorporée V. coupable d'insoumission intentionnelle (art.81, eh. 1, al. 2 CPM). III'a condamnée à la peine de six mois d'emprisonnement aux frais de la cause. B. Les faits peuvent être résumés ainsi: Né le 17 janvier 1965 à Lima (Pérou), V. a passé toute sa jeunesse à l'étranger. A la fin de l'année 1984, il a quitté Caracas (Vénézuéla), où il vivait avec ses parents, pour venir suivre les cours de l'Ecole hôtelière à Lausanne. Selon son livret de service, il a séjourné des le 24 novembre 1984 à Lausanne, route de Cojonnex 18, soit à l'Ecole Hôtelière, puis à Puidoux du 5 février au 9 octobre 1985, soit la période correspondante à un stage à l'Hôtel du Signal, puis à nouveau à l'Ecole Hôtelière à Lausanne. Recruté le 19 mars 1985 et incorporé dans les TML, il a requis le report de l'ER à laquelle il était convoqué en 1986 et 1987 pour des motifs liés à ses études, ajoutant dans sa dernière demande qu'il s'engageait à effectuer son service militaire et n'avait pas l'intention de partir à l'étranger avant / d'avoir accompli ses obligations militaires. La dernière dispense lui a été accordée le 29 janvier 1987 avec la précision qu'il serait convoqué au printemps 1988 (dernier renvoi). - V. a fait défaut à l'ER trp b l 22/28 qui avait lieu à Thoune du 1er février au 28 mai 1988. 11 soutient avoir écrit à l'administration militaire en novembre 1987 pour demander un congé militaire pour l'étranger. Sans réponse, au début janvier 1988, il avait considéré l'affaire réglée et était parti à l'étranger, notamment pour mettre au point les conditions de son futur emploi aux USA. Dès le 1er juillet ou le 5 septembre 1988, il a travaillé dans un établissement public à Boston (USA). - V. a encore relevé dans ses correspondances qu'il avait habité toute sa vie à l'étranger, n'était venu en Suisse que pour y faire ses études; il considère

126 que ce serait une perte d'argent pour le pays et une perte de temps pour lui d'accomplir son service militaire. - Le dossier ne contient aucun autre renseignement sur l'intéressé qui n'a jamais été interrogé pendant toute la procédure. Au surplus, aucun acte d'instruction n'a porté sur la question du domicile soulevée par le recourant. C. Le 22 novembre 1990, le Tribunal de division 10A avait reconnu V. coupable d'insoumission intentionnelle et l'avait condamné à six mois d'emprisonnement. L'appel déposé en temps utile contre ce jugement a été rejeté le 28 mars 1991. D. Par écriture du 28 mars 1991, V. a déclaré se pourvoir en cassation contre le jugement du Tribunal militaire d'appel 1A. Son défenseur a motivé le pourvoi dans un mémoire du 22 juillet 1991. De l'écriture de recours peut être déduite la conclusion tendant à l'annulation de l'arrêt attaqué pour violation de la loi

pénale. L'auditeur a conclu au rejet du recours. Considérant: t. La voie de la cassation est ouverte contre les jugements des tribunaux militaires d'appel (art. 184, al. 1, lit. 1 PPM). Le pourvoi en cassation, an .. noncé et motivé dans les délais légaux (Art. 186, al. 2 et 187 al. 2 PPM) est recevable en la forme. Les motifs de cassation sont énoncés à l'art. 185 al. 1 PPM. En l'espèce, le recourant soutient que le jugement contient une violation de la loi pénale. 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. 2.a) Le recourant reproche au TMA de l'avoir reconnu coupable d'insoumission intentionnelle, violant ainsi la loi pénale. Selon lui, la décision de l'autorité de recrutement était vicieuse puisqu'elle a abouti à sa convocation à l'ER trp bl 22/88 alors qu'il n'était pas astreint au service parce que non domicilié en Suisse. Il en déduit qu'un élément objectif de l'insoumission intentionnelle, savoir l'obligation de servir, fait défaut en l'espèce. Selon la jurisprudence bien établie du TMC, jurisprudence au demeurant en accord avec celle rendue par le TF, le juge pénal n'a pas le pouvoir de revoir une décision administrative lorsque sa légalité a été constatée par un tribunal administratif. En revanche, si une telle autorité n'a pas été saisie de la question ou qu'elle ne l'ait pas encore résolue au moment où le juge pénal statue, celui-ci n'est pas lié en cas de violation manifeste de la loi ou d'abus du pouvoir d'appréciation. Si la question de la légalité ne peut pas être déferée à une juridiction administrative, il exerce librement son contrôle (ATMC 9 No 80; ATF 98 IV 1 06). Comme la décision d'incorporation ne peut être soumise à une instance judiciaire de recours, le juge militaire peut en contrôler la légalité à titre préalable. Ce n'est toutefois que dans le cas où la décision de recrutement ou de convocation à un service d'instruction serait frappée de nullité qu'elle devrait être considérée comme inopérante ex tunc. Or, lorsqu'un acte administratif est vicieux, l'annulabilité est la règle et la nullité l'exception. La nullité de l'acte administratif ne peut être retenue que lorsque cumulativement trois conditions sont remplies, savoir: lorsque le vice entachant l'acte administratif est patent ou, pour le moins, facilement reconnaissable, lorsque le vice est particulièrement grave, et, enfin, lorsque la nullité n'entraîne pas une atteinte inadmissible à la sécurité juridique (ATMC 9, No 164; ATF 104 la 105). b) Selon l'article 1^{er} de l'Arrêté fédéral du 8 décembre 1961 concernant le service militaire des Suisses de l'étranger et des doubles nationaux (RS 519.3), en temps de paix, les Suisses domiciliés à l'étranger sont dispensés du service d'instruction, de l'inspection de l'équipement et du tir hors service. Il convient dès lors d'examiner la conformité à la loi des décisions de recrutement et de convocation à l'ER prises par l'administration militaire à l'égard du recourant puis, si celles-ci devaient s'avérer vicieuses, l'éventualité de leur nullité. e) Selon l'article 23, al. 1 CC, le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'établir. Pour qu'il y ait domicile, deux conditions doivent être réalisées: la résidence, soit la relation territoriale, qui suppose un séjour plus que passager dans un endroit déterminé et l'intention de s'établir, soit la relation personnelle, qui signifie que la personne adopte un comportement consistant à créer ou à maintenir en un certain lieu le centre de ses relations personnelles et professionnelles. Les motifs qui peuvent inspirer l'intention de s'établir sont sans pertinence puisque, selon le TF, cette intention ne peut être retenue qu'à la condition de ressortir des circonstances reconnaissables pour les tiers (ATF 97 11 3). Toutefois, lorsque le séjour a lieu dans un but spécial, il n'est pas constitutif de domicile, même s'il est d'une durée assez longue, tant que la personne n'y a pas transféré le centre de son existence. Cela résulte de l'article 26 CC qui pose la présomption que le séjour dans une école ou un établissement spécial ne constitue pas un domicile. Il n'est cependant pas exclu 128

qu'une personne entrant dans un tel établissement décide d'y faire le centre de ses relations personnelles et professionnelles et s'y crée ainsi un domicile (ATF 108 V 22/25). Mais en raison de la présomption légale évoquée ci-dessus, l'admission d'un domicile dans un tel cas doit se baser sur le respect strict des réquisits de la loi (Bucher, Commentaire de Berne, ad 26 CC, N. 11). Lorsqu'il y a difficulté pour fixer le domicile et notamment lorsque la détermination du moment à partir duquel une personne doit être considérée comme domiciliée dans un certain endroit pose problème, il y a lieu de recenser les facteurs qui pourraient s'avérer pertinents, avec le rappel que la preuve d'une prise de domicile en Suisse incombe à l'administration, respectivement à l'accusation dans le procès pénal. La décision entre prise qui retient que V. avait pris domicile en Suisse repose sur deux affirmations: en raison de la durée de son séjour, le recourant aurait créé en Suisse des rapports assez étroits, propres à faire de ce lieu le centre de ses relations; par la prise d'un emploi aux USA à la fin de sa formation professionnelle, V. aurait manifesté qu'il n'avait pas conservé des liens avec le domicile de ses parents au Venezuela (soit son domicile légal au moins jusqu'à sa majorité). On a vu que la durée du séjour effectué en vue d'une formation professionnelle ne jouait aucun rôle dans l'examen de cette question. Partir de cette prémisse pour en déduire l'existence de la relation personnelle constitutive du domicile ne résiste pas à l'examen dès lors qu'aucun autre élément du dossier ne permet de la retenir. On ne saurait d'autre part déduire de la conclusion d'un contrat de travail en 1988 la démonstration que le recourant n'avait plus eu de lien avec sa famille et son domicile au Venezuela de 1985 à 1987 puisqu'on ne sait rien sur cette question. Aucun autre indice permettant de retenir une prise de domicile en Suisse n'a pu être retenu par les juges d'appel. C'est dire que la présomption posée par l'article 26 CC n'a pas été renversée et que V. ne s'est pas créé de domicile en Suisse pendant ses études. Conformément à l'arrêté fédéral du 8 décembre 1961, il n'était pas astreint au service militaire en temps de paix. La conclusion contraire à laquelle sont arrivés les premiers juges s'avère ainsi contraire à la loi. d) Reste à déterminer si les décisions administratives retenues comme viciées sur la base du dossier sont frappées de nullité. La gravité spéciale du vice ressort clairement des conséquences que la décision comporte pour l'intéressé et l'on ne voit pas en quoi en reconnaître la nullité serait de nature à mettre en péril la sécurité des relations juridiques d'une manière intolérable. S'agissant enfin d'examiner la caractéristique du vice, il y a lieu d'observer que les organes de l'Etat sont évidemment tenus de respecter la loi. Comme l'administration ne pouvait,

sans 129

aucun indice, faire abstraction de la disposition de l'article 26 CC et renverser la présomption légale d'absence de domicile, la violation de la loi s'avère ainsi clairement reconnaissable. Les effets ex tunc de la nullité des décisions de l'administration militaire ont pour conséquence que V. n'était pas astreint dès 1985 à des obligations militaires autres que celles résultant de l'Ordonnance sur les contrôles (RS 511.22). Le jugement du TMA reconnaissant V. coupable d'insoumission intentionnelle viole la loi pénale dès lors que l'élément objectif de l'infraction fait défaut. Partant, il doit être cassé. 3. Vu l'article 193, al. 1 PPM et le sort du recours, les frais de la procédure sont laissés à la charge de la Confédération. (12 décembre 1991, V. e. TMA 1A) 32. Application du droit pénal dans le temps (art. 8 CPM) Le Tribunal militaire de cassation examine les jugements des tribunaux militaires d'appel en se fondant sur le droit en vigueur au moment où ces jugements ont été rendus, même si une loi plus favorable à l'auteur est entrée en vigueur au moment de la procédure de cassation. Zeitlich anwendbares Strafrecht (Art. 8 MStG) Das Militärkassationsgericht überprüft Urteile der Militärappellationsgerichte nach dem Recht,

wie es galt, als diese urteilten, selbst wenn zurzeit des Kassationsverfahrens ein für den Täter milderes Recht gelten sollte. Applicazione de/ diritto pena/e, condizioni di tempo (art. 8 CPM) 11 Tribunale militare di cas.sazione esamina le sentenze dei tribunali militari d'appello secondo il diritto vigente al momento del loro giudizio, anche se al momento della procedura per cassazione sia entrata in vigore una legge più favorevole all'autore. Résumé des faits: A. Par jugement du 29 novembre 1990, le Tribunal militaire de division 2 a condamné P. à la peine de de u x m o i s d'emprisonnement et au x frais de la-

cal.Íse pour dommage à la propriété (art. 135 CPM), absence injustifiée (art. 84 CPM) et insoumission intentionnelle (art. 81, eh. 1., al. 2 CPM). P. avait été reconnu coupable d'avoir endommagé la porte de sa cellule le 16 mars 1988, d'avoir abandonné son unité le même jour, de l'avoir abandonnée aussi le 25 septembre 1989 après la visite sanitaire d'entrée en service au cours de répétition et enfin, d'avoir fait défaut à l'inspection complémentaire en 1989 et au cours de répétition de son unité en 1990. B. En cours d'enquête, P., qui était alors incorporé comme carabinier à la cp EM car 2, a été soumis à une expertise psychiatrique qui a conclu à sa pleine responsabilité, mais à son inaptitude au service militaire, de sorte que par décision du 14 septembre 1990, la CVS de l'Office 'fédéral des affaires sanitaires de l'armée l'a déclaré inapte au service. · C. P. ayant appelé du jugement rendu contre lui le 3 décembre 1990, le Tribunal militaire d'appel 1A le condamna, le 17 mai 1991, à la même peine, ainsi qu'aux frais pour les mêmes délits fondés sur les mêmes faits, le libérant toutefois de l'accusation d'insoumission intentionnelle portant sur son défaut à l'inspection complémentaire d'armes -et d'équipement en 1989, année ou il effectua un j ou r de service. D. Le 22 mai 1991, le défenseur d'office de P. s'est pourvu en cassation contre le jugement d'appel, concluant dans son mémoire du 25 octobre 1991 à son annulation et au renvoi de la cause au Tribunal militaire d'appel pour nouveau jugement portant sur la seule prévention de dommages à la propriété. L'auditeur du Tribunal militaire de division 2 conclut au rejet du pourvoi, alors que le Président du Tribunal militaire d'appel 1 A s'en remet à la justice .. Considérant: 1. La voie de la cassation est ouverte à l'accusé ou son défenseur contre les jugements des tribunaux militaires d'appel (art. 184, al. 1, lit. a) et 186, al. 1 PPM). Annoncé dans le délai légal et dans la forme prescrite par l'article 186, alinéa 2 PPM, le pourvoi, qui a été motivé en temps utile, est recevable à la forme au sens de l'article 187, alinéa 1 PPM. 2. Le recourant soutient qu'il doit être libéré des accusations d'absence injustifiée et d'insoumission intentionnelle. 11 invoque les articles 81 a), chiffre 4 et 84, alinéa 4 CPM dans leur teneur modifiée par l'Assemblée fédérale en date du 5 octobre ~990. Selon ces normes, l'auteur ne sera pas punissable s'il est déclaré inapte au service militaire et que l'inaptitude existait déjà lors de l'insoumission ou de l'absence injustifiée. 131

a) C'est dans leur teneur antérieure à la modification du 5 octobre 1990 que les articles 81 et 84 CPM ont été appliqués par le Tribunal militaire d'appel. L'article 81 CPM réprimait alors aussi l'insoumission intentionnelle, régie actuellement par l'article 81 a) CPM. Les juges d'appel ne pouvaient appliquer le nouveau droit, car ils ont rendu leur décision avant son entrée en vigueur qui est intervenue le 15 juillet 1991 (RO 1991 1354). Sous l'empire de l'ancien droit et selon la jurisprudence constante, l'inaptitude au service constatée postérieurement à l'infraction ne pouvait être prise en considération rétroactivement (ATMC 10~ no 38, e. 3a) et les arrêts cités)~ Le droit que le Tribunal militaire d'appel devait appliquer ne souffrait pas d'autre interprétation, de sorte qu'il devait s'en tenir au principe selon lequel une déclaration d'inaptitude au service militaire ne pouvait déployer

ses effets qu'à partir du moment où elle avait été prononcée. C'est donc à bon droit que dans son jugement du 17 mai 1991, le Tribunal militaire d'appel a refusé d'exonérer le recourant d'une peine pour les délits d'absence injustifiée et d'insoumission intentionnelle dont il s'était rendu coupable, même si les faits ayant amené l'Office fédéral des affaires militaires de l'armée à le déclarer inapte au service existaient déjà au moment de la commission des infractions. b) L'examen du pourvoi par le Tribunal militaire de cassation est postérieur à l'entrée en vigueur du nouveau droit. Si l'appel a un effet dévolutif complet, puisque le Tribunal militaire d'appel, conformément à l'article 182 PPM, revoit librement la cause en fait et en droit, il n'en est pas de même du pourvoi en cassation. Le Tribunal militaire de cassation doit examiner notamment, sans être lié par les moyens du recourant, si le jugement ou la décision contient une violation de la loi pénale (art. 185, al. 1, lit. d et 189, al. 4 PPM). L'article 8, alinéa 2 CPM prévoit que les dispositions pénales sont aussi applicables aux infractions commises avant la date de leur entrée en vigueur si l'auteur n'est mis en jugement qu'après cette date et si ces dispositions lui sont plus favorables que la loi en vigueur au moment de l'infraction. C'est en effet la date du jugement de répression qui fixe l'application de la loi pénale dans le temps (ATF 76 IV 261; 101 IV 361 e. 1), car le prononcé du juge de répression constitue la mise en jugement au sens de l'article 8, alinéa 2 PPM. Il résulte de cette règle de délimitation du champ d'application du droit pénal que lorsque le juge chargé de la répression a rendu sa décision sous l'empire de l'ancien droit, le juge de cassation ne peut appliquer le droit nouveau, même s'il est plus favorable au condamné. A moins qu'il ne statue sur un recours dont l'effet dévolutif est complet, le Tribunal militaire de cassation, n'étant pas juge de répression, ne peut en principe tenir compte du changement de loi applicable qui est survenu entre le prononcé du juge de répression et son propre arrêt. Il doit se borner à

rechercher si le juge de répression a bien appliqué le droit en vigueur au moment où il a statué (ATF 97 IV 233). En l'espèce, la cause est régie par le droit applicable le 17 mai 1991, date du jugement rendu par le Tribunal militaire d'appel. Dès lors, le Tribunal militaire de cassation doit se référer, lui aussi, à l'ancien droit qui a été correctement appliqué par l'instance d'appel. Le pourvoi, sur ce point, n'est donc pas fondé. 3. Le recourant fait aussi grief au Tribunal militaire d'appel d'avoir violé la loi en lui refusant le sursis, soutenant que les conditions objectives auxquelles le sursis est subordonné étaient réunies et qu'il était possible d'émettre un pronostic favorable sur son comportement à l'avenir. Le Tribunal militaire d'appel a considéré, au contraire, qu'il ne pouvait poser un tel pronostic, car il n'avait pas décelé chez le recourant un revirement intérieur permettant d'augurer un amendement durable dans tous les domaines de la légalité. Lorsque la question d'un tel pronostic est en cause, le Tribunal militaire de cassation se borne à examiner si les juges d'appel ont fait un usage abusif de leur pouvoir d'appréciation (ATMC 10, no 18, e. 1). Tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, le recourant a exercé son activité délictuelle sur une longue période et de manière systématique, soit à l'occasion de chaque obligation militaire qui lui incombait. Compte tenu de ces circonstances et en l'absence d'éléments permettant de porter un pronostic favorable, le refus du sursis n'est pas abusif et doit être confirmé. 4. Le Tribunal militaire d'appel, tout en libérant le recourant de l'accusation d'insoumission intentionnelle pour son défaut à l'inspection en 1989, lui a infligé la même peine que le Tribunal militaire de division. Le jugement d'appel ne viole toutefois pas l'article 182, alinéa 2 PPM qui prévoit que le jugement ne peut être modifié au préjudice de l'accusé lorsqu'il a seul interjeté appel. Ce principe n'exige pas une peine plus légère en cas d'abandon d'un chef d'accusation, mais exclut que l'autorité d'appel inflige une nouvelle

peine d'ensemble plus lourde que celle qui avait été décidée en Prem., e, re. In t
/l\ Tl\."~ "" d· '>A ~ ""aaA\ l:> a11vti V"" 1 IYiv, 1v1. u "".'· •..., v/· 5. Les moyens
invoqués n'étant pas fondés, le pourvoi doit être rejeté et les frais de la procédure mis à la
charge du recourant qui succombe (art. 193, al. 1 PPM). (12 décembre 1991, P. e. TMA 1A)
133

33. Citation à l'audience de relief (art. 157, al. 2, lettre b PPM) Le condamné par défaut n'a pas été cité correctement à l'audience de relief, lorsque la citation a été adressée différente de celle qui a été communiquée aux autorités militaires. A défaut d'instructions particulières de la part d'organes de la justice militaire, il suffit que les changements d'adresse soient dûment communiqués au chef de section pour qu'un militaire se tienne à la disposition de la justice militaire en temps voulu. Vorladung zur Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren (Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP) Eine korrekte Vorladung zur Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren liegt nicht vor, wenn sie an eine andere Adresse gerichtet ist als jene, bei welcher der Verurteilte militärisch gemeldet ist. Ohne ausdrückliche besondere Weisungen militärischer Organe hält sich ' . ei n .
Armeeangehöriger der Militärjustiz hinreichend zur Verfügung, wenn er Adressänderungen vorschriftsgemäss dem Sektionschef meldet. Citazione al dibattimento in una procedura di revoca de/la sentenza contumaciale (art. 157 cpv. 2 lett. b PPM) Nella procedura di revoca della sentenza contumaciale, il con.dannato in contumacia non risulta citato correttamente ai dibattimenti quando la citazione vetaga spedita ad un recapito differente da quello comuni- cato alle autorità militari. In mancanza di istruzioni particolari da parte di organi della giustizia militare, e sufficiente che i cambiamenti d'in- dirizzo siano debitamente comunicati al capo sezione perché un mili- tare si tenga a disposizione della giustizia militare in modo adeguato. Résumé des faits: A. Ayant reconnu D. coupable d'insoumission intentionnelle (art. 81, eh. 1, al 2 CPM) et d'inobservation de prescriptions de service (art. 72 CPM), le Tribunal militaire de division 1 OA l'a condamné, par jugement contumacial du 17 mai 1990, à trois mois d'emprisonnement, ainsi qu'aux frais de la cause. Entendu par le juge d'instruction le 2 octobre 1990, D. a demandé le relief de ce jugement en précisant qu'il avait quitté, au début d'août 1990, son domicile de Plan-les-Ouates et qu'il était à la recherche d'un nouveau domicile. Ayant donné, pour adresse, le domicile de ses parents à Conthey, il s'engageait à prendre contact avec le chef de section de cette commune pour mettre à jour son livret de service. C'est à l'adresse de ses parents que D., le 1 er mai 1991, a été cité à comparaître devant le Tribunal militaire de division 1 OA. Constatant l'absence de l'accusé à l'audience de 134

relief du 3 juillet 1991, le Tribunal a considéré qu'il n'avait pas donné suite, sans excuses, à la citation et qu'en conformité de l'article 157, alinéa 2, lettre b PPM, il était présumé avoir renoncé à sa demande de relief, de sorte que le jugement contumacial du 17 mai 1990 devenait définitif et exécutoire. B. Ainsi que son livret de service en fait foi, D. avait annoncé son arrivée dans la commune de Granges-Paccot le 11 janvier 1991, commune qu'il a quitté le 11 juin pour s'établir à Riaz où il s'est annoncé au chef de section le 24 juin 1991. C. Ayant eu connaissance de la décision du Tribunal militaire de division 1 OA pendant qu'il accomplissait son cours de répétition, D. écrivit à cette instance, en date du 9 août 1991, qu'il "demandait un recours" en s'étonnant de ne pas avoir été cité, puisqu'il avait régulièrement annoncé son changement d'adresse au chef de section. D. En date du 19 août 1991, la chancellerie du Tribunal militaire de division 1 OA a expédié la décision contestée au recourant qui l'a reçue le lendemain, et fait parvenir le dossier au défenseur d'office, le

13 septembre, en lui impartissant un délai de 20 jours pour la rédaction définitive de son mémoire de recours. E. Dans son écriture du 7 octobre 1991, le défenseur d'office a exposé que la citation de D. à l'audience de relief du 3 juillet 1991 avait été envoyée à l'adresse de ses parents, à Conthey, indiquée comme domicile temporaire au juge d'instruction lors de l'audition du 2 octobre 1990, bien qu'il se soit annoncé au chef de section de Granges-Paccot le 11 janvier 1991. C'était donc sans sa faute que D. avait été mis dans l'impossibilité de se présenter à l'audience. L'auditeur et le Président du Tribunal militaire de division 1 OA concluent à ce que le recours soit admis. Considérant: 1. a) La voie du recours est ouverte contre les décisions des tribunaux de division et des tribunaux militaires d'appel, notamment en cas de refus du relief (art. 195, lettre d PPM). En l'espèce, le Tribunal militaire de division n'a pas refusé l'octroi du relief, mais a présumé que le condamné par défaut y avait renoncé en s'abstenant de donner suite à la citation du tribunal à l'audience (art. 157, al. 2 PPM). L'énumération, à l'article 195 PPM, des décisions qui sont susceptibles de recours n'est pas exhaustive, ce qui résulte du terme "notamment" 135

utilisé par le législateur (ATMC F. du 11.2.1981). En conséquence et conformément à la jurisprudence, la décision d'un Tribunal militaire présumant que le condamné par défaut a renoncé au relief peut être attaquée par la voie du recours (ATMC 1986 no 13, ATMC vol. 1 O. no 105; ATMC A. du 18.6.1990). b) La décision rendue le 3 juillet 1991 par le Tribunal militaire 1 OA a été notifiée au recourant par la chancellerie en date du 20 août 1991 et le 13 septembre à son défenseur d'office auquel un délai de 20 jours fut imparti "pour la rédaction définitive de son mémoire de recours". Selon l'article 197, alinéa 1 PPM, le recours doit être déposé par écrit dans les 20 jours dès la communication écrite de la décision attaquée. Un mémoire de recours déposé hors du délai prévu par cette disposition est irrecevable, même s'il a été dans le délai de l'article 187, alinéa 1 PPM, fixé comme s'il se fût agi d'un pourvoi en cassation, et que cette voie de procédure ait été indiquée par erreur au recourant ou à son défenseur (ATMC Sch. du 11.9.1987). La communication écrite de la décision attaquée fut faite directement au recourant le 20 août 1991, de sorte que le délai utile avait expiré depuis plusieurs semaines lors du dépôt du mémoire de recours par son défenseur d'office en date du 7 octobre 1991. Bien que le mémoire du défenseur d'office ait été déposé dans le délai que lui avait imparti; à tort, la chancellerie du Tribunal, il n'est pas recevable non plus comme mémoire ampliatif dès lors que la procédure pénale militaire ne prévoit pas de mémoire ampliatif pour le recours. Toutefois, le recourant a déposé lui-même un recours le 9 août 1991, avant même d'avoir reçu communication de la décision attaquée. Dans sa lettre au Tribunal militaire de division 1 OA, D. fait état du changement d'adresse, qu'il avait annoncé au chef de section de Riaz et "demande un recours" à l'encontre du jugement. Ce document satisfait aux exigences de forme prévues par l'article 197, alinéa 1 PPM. En outre, ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que de refuser d'entrer en matière pour le motif que le recours a été déposé avant la notification de la décision attaquée. 2. Selon Maillefer, "seul le défaut non excusable du condamné à l'audience de reprise de cause entraîne la forclusion de son droit au relief. Il faudra cependant se montrer sévère dans l'appréciation du caractère excusable de ce défaut. En effet, celui qui a demandé le relief sait qu'il sera cité à comparaître à nouveau devant le Tribunal puisqu'il lui-même l'a demandé. Il devra par conséquent prendre toutes les dispositions nécessaires pour pouvoir en temps voulu se tenir à disposition de la justice. Pour cette même raison, on considérera qu'a renoncé au relief celui qui, après l'avoir demandé, se met dans l'impossibilité d'être atteint par une citation" (Le ju-

gement contumacial en procédure pénale militaire, Revue pénale Suisse, tome 104, 1987, fase. 2, p: 189).. . 136

Entendu par le juge d'instruction en date du 2 octobre 1-990, le recourant a indiqué qu'il était à la recherche d'un nouveau domicile. Le juge d'instruction, à cette occasion, ne lui a pas enjoint formellement de communiquer son changement d'adresse aux autorités de la justice militaire. Le recourant s'est annoncé le 11 janvier 1991 à Granges-Paeot, commune qu'il a quittée le 11 juin de la même année. Ainsi, le 1er mai 1991, date de la citation à l'audience du 17 mai 1991, le Tribunal militaire aurait pu connaître son adresse et faire en sorte que la citation lui parvienne. A moins qu'il n'ait reçu des instructions particulières de communiquer son changement d'adresse à une autre autorité nommément désignée, il suffit, pour qu'un militaire remplisse ses obligations, qu'il en fasse part à l'autorité militaire de son ancien et de son nouveau domicile. Cette communication doit être considérée, en principe, comme une disposition suffisante pour pouvoir se tenir à la disposition de la justice militaire en temps voulu. Il en résulte que le recourant n'a pas été assigné correctement à l'audience de reprise de cause, que son défaut est en conséquence excusable, et que son recours doit être admis. La cause est renvoyée au Tribunal militaire de division pour statuer à nouveau (art. 198 PPM). 3. Les frais du recours, qui est admis en totalité, doivent être supportés par la Confédération (art. 199 PPM). (12 décembre 1991, D. e. Trib div 10A) 34. -Begriff und Wirksamkeit des Aufgebots (Art. 81 MStG) Aufgebot als ordnungsgemäss eröffnete Anordnung einer zuständi- gen Behörde oder Dienststelle an die Truppe oder an einen Armeean- gehörigen, einen bestimmten Militärdienst zu leisten. Unterscheidung zwischen kollektivem Aufgebot, das durch öffentli- che Bekanntmachung wirksam wird, und individuellem Aufgebot, das wirksam wird, wenn es in den persönlichen Einflussbereich des Emp- fängers gelangt. Das individuelle Aufgebot (der Marschbefehl) gelangt durch Einwurf in den Briefkasten des Empfängers in dessen persönli- chen Einflussbereich. f=in Marschbefehl, der nicht in den persönli- chen Einflussbereich eines Armeeingehörigen gelangt, wird nicht wirksam, selbst wenn der Betreffende die Einrückungsdaten aus an- deren Quellen kennt. 137

Notion et effet de l'ordre de marche (art. 81 CPM) Ordre de marche ou de mise sur pied en tant qu'injonction d'accom- plir un service _militaire déterminé, dument notifié par une autorité ou un office compétent à la troupe ou à un militaire. Distinction entre un ordre d'entrée en service collectif, qui prend, effet par sa publication, et un ordre de marche individuel, qui prend effet lorsqu'il atteint la sphere d'influence personnelle du destinataire. L'ordre de marche individuel atteint la sphere d'influence personnelle du destinataire lorsqu'il est mis dans sa boite aux lettres. Un ordre de marche qui n'atteint pas la sphère d'i.nfluence personnelle du destina- taire demeure sans effet, même si le militaire concerné a connais- sance par d'autres sources des indications relatives à l'entrée en ser- vice. Definizione ed efficacia dell'ordine di marcia o di chiamata in servizio (art. 81 CPM) L'ordine di marcia o di chiamata in servizio quale ordine çti prestare un determinato servizio militare, emanato regolarmente da un~autorità o da un servizio competente alia truppa oppure ad un militare. Distinzione tra una chiamata in servizio collettiva, che diventa effica- ce con la pubblica affissione~ e la chiamata in s.ervizio individuale, che diventa efficace quando giunge nella sfera d'azione personale del destinatario. La chiamata in servizio individuale (ordine di marcia) giunge nella sfera d'azione personale del destinatario venendo imbu- cata nella sua cassetta delle lettere. L'ordine di marcia che non giun- ge nella sfera d'azione personale dell'interessato non diventa effica- ce, nemmeno se la persona in

questione, da altre fonti, conosce le date della chiamata in servizio. Aus dem Sachverhalt: A. Das Divisionsgericht 3 sprach Motf H. am 13. März 1991 von der Anklage der vorsätzlichen, ev. der fahrlässigen Dienstversäumnis frei, überband die Verfahrenskosten der Bundeskasse, ohne dem Freigesprochenen eine Entschädigung auszurichten. · B. Der Auditor appellierte gegen dieses Urteil. Am 4. Juni 1991 bestätigte das Militärappellationsgericht 28 den erstinstanzlichen Freispruch, überband die Verfahrenskosten beider Instanzen der Bundeskasse, wiederum ohne dem Freigesprochenen eine Entschädigung auszurichten. C. Der Auditor führt Kassationsbeschwerde. Er beantragt, das Urteil des Militärappellationsgerichts 28 sei aufzuheben, und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kostenfolge zulasten des 138 Beschwerdegegners. Motf H. beantragt die kostenfällige Abweisung der Kassationsbeschwerde. Der Präsident des Militärappellationsgerichts 28 verzichtet auf einen Bericht (Art. 187 Abs. 2 MSW) und verweist auf das angefochtene Urteil. , Aus den Erwägungen: 1. Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP. Die Vorinstanz habe darauf abgestellt, ob Motf H. das Aufgebot zur versäumten Unteroffiziersschule tatsächlich erhalten habe und, weil dies nicht nachweisbar zutrifft; seine Einrückungspflicht verneint. Motf H. habe indes alle Daten (Ort, Tag, Stunde) gekannt, um einrücken zu können, und müsse deshalb als aufgeboten gelten. Indem die Vorinstanz ihn wegen fehlender Einrückungspflicht freisprach, habe sie Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG und insofern das Strafgesetz verletzt. 2. Die Verurteilung nach Art. 81 MStG setzt ein gültiges Aufgebot voraus (Hauri, Kommentar zum Militärstrafgesetz, N. 17 zu Art. 81 MStG). Nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts gilt als "Aufgebot" die ordnungsgemäss eröffnete Anordnung einer zuständigen Behörde oder Dienststelle an die Truppe oder einen Wehrmann zur Leistung eines bestimmten Militärdienstes. Ordnungsgemäss eröffnet wird ein Aufgebot nicht nur durch öffentlichen Anschlag (Aufgebotsplakat) · oder Zustellung eines persönlichen Marschbefehls, sondern unter Umständen auch durch andere geeignete Übermittlungsarten, wie Radio, Telegramm und anderes mehr (MKGE 1 O N r. 33, E. 1). Näheres findet sich heute in der Verordnung vom

E. 18

Oktober 1989 über das Bestehen der Instruktionsdienste (VBI; SR 512.21) geregelt. Man kann demnach unterscheiden, zwischen kollektiven Aufgeboten, die durch öffentliche Bekanntmachung · wirksam werden, und individuellen Aufgeboten, die wirksam werden, wenn sie in den persönlichen Einflussbereich des Empfängers gelangen. Zu ,Instruktionsdiensten, ohne Kurse im Truppenverband", entsprechend auch zu Unteroffiziersschulen, wird nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a VBI "durch den persönlichen Marschbefehl", also individuell, aufgeboten. Der Marschbefehl, der als ungeschriebene Sendung durch die Post zugestellt wird, gelangt durch Einwurf in den Briefkasten des Empfängers in dessen persönlichen Einflussbereich. Eine Ausnahme gilt, wenn sich der Empfänger, insbesondere zufolge unregelmässiger Meldeverhältnisse, in die Unmöglichkeit begibt, ein Aufgebot, mit dem er rechnen muss, tatsächlich zu erhalten (MKGE 1 O N r. 88, E. 2). Dieser Fall liegt jedoch hier nicht vor. Vielmehr ist nach den für das Militärkassationsgericht verbindlichen Feststellungen bei Motf H. ein an ihn gerichteter Marschbefehl nicht eingegangen; die Frage, ob er ihn zur Kenntnis genommen habe, stellt sich deshalb nicht. Die Kassationsbeschwerde, die auf der Annahme beruht, ein Aufgebot werde bereits wirksam, wenn ein Marschbefehl erstellt worden ist und der Wehrmann (aus 139

andern Quellen) die Einrückungsdaten kennt, erweist sie sich somit als unbegründet. (20. März 1992, Aud. e. MAG 28) 35. Einrückungspflicht und Einrückungsfähigkeit a/s Voraussetzungen der Dienstversäumnis; Grundlage einer Zusatzstrafe (Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 und Art. 49 Ziff. 2 Abs. 2 MStG) Keine Einrückungspflicht bei objektiver Unmöglichkeit einzurücken. Rückt jedoch ein Armeeeingehöriger nicht ein, weil gegen ihn ein internationaler Haftbefehl läuft und er befürchtet, bei seiner Heimkehr festgenommen zu werden, so besteht für ihn - wenn auch mit Nachteilen verbunden - objektiv die Möglichkeit einzurücken (E. 3). Um auf eine Zusatzstrafe erkennen zu können, muss der Richter wissen, wie und warum der ersturteilende Richter die Strafe zugemessen hat. Grundlage hierfür bildet dessen motiviertes Urteil, wogegen das in einem Strafregisterauszug enthaltene Dispositiv nicht genügt (E. 4).. Obligation d'entrer en service et aptitude d'entrer en service en tant que conditions du délit d'insoumission; fondement d'une peine supplémentaire (art. 81, chiffre 1, al. 2 et art. 49, chiffre 2, al. 2 CPM) 11 n°y a pas d'obligation d'entrer en service en cas d'impossibilité objective d'entrer en service. Mais si un militaire n'entre pas en service parce qu'il craint d'être arrêté lors de son retour chez lui, en raison de l'existence d'un mandat d'arrêt international dirigé contre lui, la possibilité d'entrer en service existe objectivement pour lui, même s'il peut en résulter des inconvénients (consid. 3). Pour pouvoir prononcer une peine supplémentaire, le juge doit savoir de quelle manière et sur quelle base le juge antérieur a déterminé la quotité de la peine. A cet égard, le juge doit se fonder sur le jugement antérieur motivé et ne peut se contenter de prendre connaissance du dispositif contenu dans un extrait de casier judiciaire (consid. 4). Obbligo di entrare in servizio e capacità di entrare in servizio quali premesse per l'omissione del servizio; basi per una pena suppletiva (art. 81 cfr. 1 cpv. 2 e art. 49 cfr. 2 cpv. 2 CPM) Nessun obbligo di entrata in presenza di una impossibilità oggettiva di entrare in servizio. Se un militare non entra in servizio, perché è stato emesso nei suoi confronti un mandato d'arresto e teme che al rientro al domicilio venga arrestato, esiste in questo caso - anche se collegata a svantaggi - una possibilità oggettiva di entrare in servizio (cons. 3). 140

Per poter pronunciare una pena suppletiva, il giudice deve sapere come e per quale motivo il precedente giudice ha commisurato la pena. La base è costituita dalla sentenza motivata, mentre il dispositivo contenuto nell'estratto del casellario giudiziale non è sufficiente (cons. 4). Aus den Erwägungen: 3. a) Zu prüfen bleibt vorerst, ob der Angeklagte - wie vom amtlichen Verteidiger geltend gemacht, vom Divisionsgericht 8 bejaht und vom Militärappellationsgericht 28 verneint - aus objektiven Gründen nicht in der Lage gewesen war, seinen Dienstpflichten nach dem 2. März 1987 (Erlass eines internationalen Haftbefehls) nachzukommen. Wird diese Frage bejaht, kann der Angeklagte nur für die vor diesem Datum verübten Versäumnisse bestraft werden und liegt in der vom Militärappellationsgericht 28 vorgenommenen Verurteilung wegen Dienstversäumnis in Bezug auf die WK 1987, 1988 und 1989, die Nachschulskurse 1987 und 1988 sowie die Nachinspektionen 1987 und 1988 eine Verletzung von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG. b) Einrückungspflicht und Einrückungsfähigkeit sind die Voraussetzungen für Annahme einer Dienstversäumnis und damit für die Anwendung von Art. 81 MStG (Hauri, N. 17 zu Art. 81 MStG). Nachdem sich der Angeklagte mit seiner Flucht aus der Schweiz am 2. August 1986 selbst in die Unmöglichkeit versetzt hat, von einem allfälligen Aufgebot zu militärischen Dienstpflichten erreicht zu werden, kann er sich von vornherein nicht auf die mangelnde Einrückungspflicht berufen (vgl. MKGE vom 12. Februar 1982 i.S. H.; vom 22. Juni 1982 i.S. B.; vom 17. September 1985 i.S. K.). Dies wird denn auch vom amtlichen Verteidiger zu Recht nicht geltend gemacht. e) Die Einrückungspflicht

entfällt bei objektiver Unmöglichkeit einzurücken (Hauri, N. 20 zu Art. 81 MStG). Als Anwendungsbeispiele mangelnder Einrückungsfähigkeit werden etwa die krankheitsbedingte Reiseunfähigkeit oder der behördliche Freiheitsentzug (Haft) genannt. Weder der eine noch der andere Umstand ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren gegeben. Hingegen ist unbestritten, dass sich der Angeklagte am 2. August 1986 aus der Schweiz abgesetzt hatte, um sich der laufenden Strafverfolgung wegen gemeinrechtlicher Delikte zu entziehen, und dass gegen ihn am 2. März 1987 ein internationaler Haftbefehl erlassen wurde. Der Angeklagte musste daher damit rechnen, dass er bei seiner Rückkehr in die Schweiz unverzüglich festgenommen und zur Verbüßung der am 21. Januar 1987 vom Geschworenengericht ausgefallten Freiheitsstrafe von fünf Jahren Zuchthaus in den Strafvollzug versetzt werden würde. Sowohl das Divisionsgericht 8 als auch das Militärappellationsgericht 28 stimmen darin überein, 141

dass diese Befürchtung durchaus auf einem realen Hintergrund beruhte und alleiniger oder zumindest ausschlaggebender Grund dafür war, dass der Angeklagte seinen Dienstpflichten ab März 1987 nicht mehr nachgekommen ist. " Durch das laufende bürgerliche Strafverfahren und den bestehenden internationalen Haftbefehl war der Angeklagte in seiner Bewegungsfreiheit indessen nicht beschränkt. Seine Freiheit war ihm damit noch nicht entzogen, und es wäre ihm unter Inkaufnahme der damit verbundenen Nachteile jederzeit möglich gewesen, in die Schweiz einzureisen. Somit hätte der Angeklagte objektiv betrachtet durchaus einrücken können. Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, wäre eine objektive Einrückungsunfähigkeit erst bei seiner Verhaftung entstanden. Dass sich der Angeklagte diesen Dienstpflichten entzog, lag somit vielmehr in seiner subjektiven Einschätzung der Lage begründet. Ist aber die Einrückungsfähigkeit auch für die Dienstleistungen nach dem 2. März 1987 gegeben, ist der Tatbestand der vorsätzlichen Dienstver-säumnis gleich wie für die unterbliebenen Dienstleistungen vor diesem Datum erfüllt. Die Kassationsbeschwerde ist daher in diesem Punkt abzuweisen. 4. Angefochten sind weiter die von der Vorinstanz bei der Bemessung der ausgefallten Zusatzstrafe zur Anwendung gebrachten Grundsätze. Der amtliche Verteidiger macht geltend, dass die Vorinstanz einerseits das Urteil des Geschworenengerichts des 111. Bezirks des Kantons Bern vom 21. Januar 1987 bei der Bestimmung der hypothetischen Gesamtstrafe nicht berücksichtigt habe und andererseits die ausgefallte Zusatzstrafe von zwei Monaten Gefängnis willkürlich habe festgesetzt. a) Es trifft tatsächlich zu, dass sich das Militärappellationsgericht 28 mit den Strafzumessungsfaktoren des Ersturteils nicht oder zumindest nicht in ausreichendem Masse auseinandergesetzt hat. Bei den Akten befindet sich lediglich ein Strafregisterauszug des Angeklagten, in dem das Dispositiv des Urteils des Geschworenengerichts vom 21. Januar 1987 verkürzt wiedergegeben ist; es fehlt aber das motivierte Urteil. Somit muss davon ausgegangen werden, dass der Vorinstanz bei ihrem Entscheid über die Ausfällung einer Zusatzstrafe zum Urteil des Geschworenengerichts die Strafzumessungsfaktoren des ersturteilenden Richters nicht im einzelnen bekannt waren und sie ihren Entscheid allein aufgrund des im Strafregisterauszug verkürzt wiedergegebenen Urteilsdispositivs gefällt hat. Bereits aus diesem Grund muss von einem Mangel des vorinstanzlichen Urteils ausgegangen werden (vgl. BGE 73 IV 163, Erw. 2; Hauri, N. 18 zu Art. 49 MStG). 142

b) In der Begründung des vorinstanzlichen Urteils wird denn auch lediglich darauf verwiesen, dass das Geschworenengericht den Angeklagten mit der von Art. 139 Ziff. 3 StGB für qualifizierten Raub vorgesehenen Mindeststrafe von fünf Jahren Zuchthaus

bestraft habe; nachdem nun im militärgerichtlichen Verfahren weitere Straftaten hinzukämen, müsse eine Strafe ausgesprochen werden, die über der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe für qualifizierten Raub liege. Die Vorinstanz lässt dabei zwei entscheidungsrelevante Gesichtspunkte ausser Betracht. Das Geschworenengericht hatte den Angeklagten wegen versuchtem und nicht wegen vollendetem qualifiziertem Raub verurteilt. Ob deswegen allenfalls eine fakultative Strafmilderung (Art. 21 ff. i.V. m. Art. 65 StGB) zur Anwendung gebracht wurde, ist zwar anzunehmen, aber dennoch nicht weiter abgeklärt worden, wie dies hätte geschehen müssen. Das Geschworenengericht hatte sodann in Anwendung von Art. 68 Ziff. 1 StGB nicht nur eine Strafe für das schwerste Delikt (versuchter qualifizierter Raub) auszufällen, sondern auch die übrigen, dem Angeklagten bereits damals zur Last gelegten Delikte straf erhöhend zu berücksichtigen (vgl. BGE 103 IV 226). Bei dieser Sachlage erscheint es fraglich, ob die ausgefallene Freiheitsstrafe von fünf Jahren Zuchthaus tatsächlich mit der Mindeststrafe des Art. 139 Ziff. 3 StGB gleichgesetzt werden kann. Angesichts der unzureichenden Auseinandersetzung der Vorinstanz mit den Strafzumessungsfaktoren des Geschworenengerichts liegt eine Verletzung von Art. 49 Ziff. 2 MStG vor, so dass auch aus diesem Grund das Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. e) Es wird Aufgabe der Vorinstanz sein, im Rahmen der Neuurteilung unter Berücksichtigung der konkreten Strafzumessungsfaktoren des Geschworenengerichts eine hypothetische Gesamtstrafe festzusetzen und ausgehend davon die auszufällende Zusatzstrafe festzulegen. Angesichts der Ungewissheit über die Gewichtung des Urteils des Geschworenengerichts fehlen zum heutigen Zeitpunkt die Grundlagen für die Beurteilung der vom amtlichen Verteidiger des Angeklagten gerügten Ermessensüberschreitung bei der Festsetzung der Zusatzstrafe. (20. März 1992, L. e. MAG 2B) 36. Rückzug der Einsprache gegen ein Strafmandat (Art. 123 MStP) Blosses Nichterscheinen des Bestraften zur Hauptverhandlung bedeutet keinen konkludenten Rückzug der Einsprache. Keine vereinfachende analoge Anwendung von Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP, die der dort vorgesehenen Restitutionsmöglichkeit nicht hinreichend Rech-

nung trägt. Offen gelassen, ob Art. 123 MStP den konkludenten Rückzug der Einsprache überhaupt zulasse. *Retrait de l'opposition contre une ordonnance de condamnation (art. 123 PPM)* . Le simple fait de ne pas comparaitre à l'audience principale n'implique pas le retrait de l'opposition par actes concluants. Pas d'application par simple analogie de l'art. 157, al. 2, lettre b PPM, car elle ne tient pas suffisamment compte de la possibilité, prévue dans ce cas, de rétablir le droit de demander le relief. Le retrait de l'opposition par actes concluants est-il possible dans le cadre de l'art. 123 PPM (question laissée indécise). *Ritiro dell'opposizione contro il decreto d'accusa (art. 123 PPM)* La semplice mancata comparsa della persona punita al dibattimento non significa il ritiro dell'opposizione per atti conclusivi. Nessuna applicazione ; analogica dell'art. 157 cpv. 2 let. b PPM, che non tiene sufficientemente conto della possibilità di revoca ivi prevista. Rimane aperta la questione a sapere se giusta l'art. 123 PPM sia possibile il ritiro dell'opposizione per atti conclusivi. Aus dem Sachverhalt: A. Am 2. November 1990 erliess der Auditor Div Ger 11 ein Strafmandat: erklärte Ls Sdt T. der vorsätzlichen Dienstversäumnis im Sinn von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG schuldig, bestrafte ihn mit 28 Tagen Gefängnis (als näher bezeichnete Zusatzstrafe) und auferlegte ihm die Verfahrenskosten. B. Gegen dieses Strafmandat erhob Ls Sdt T. Einsprache. Mit Verfügung des Präsidenten Div Ger 11 vom 9. April 1991 wurde er zur Hauptverhandlung auf den 6. Mai 1991 vorgeladen. Ls Sdt T. verweigerte die Annahme dieser Vorladung; weil die Polizei seiner nicht habhaft werden

konnte, scheiterte eine Vorführung. Mit Verfügung vom 22. Juli 1991 veranlasste der Präsident Div Ger 11 die Vorladung von Ls Sdt T. durch Ausschreibung im Bundesblatt (erschieden: BBl. 1991, 1007); die veröffentlichte Vorladung schloss mit dem Hinweis, dass gemäss Art. 155 MStP das Verfahren gegen Abwesende durchgeführt werde, falls der Angeklagte zur Hauptverhandlung nicht erscheine. Am 15. August 1991 traf der Auditor Div Ger 11 Ls Sdt T. zufällig in Schaffhausen an und konnte ihm eine weitere Vorladung aushändigen, deren Empfang dieser unterschriftlich bestätigte; die Vorladung trug den Vermerk 'Unentschuldigtes Nichterscheinen gilt als Rückzug der Einsprache'. Die Hauptverhandlung war auf den 19. August 1991 angesetzt worden; Ls Sdt T. blieb ihr ohne Entschuldigung fern. Das Divisionsgericht 11 befand zunächst, entgegen dem Antrag des Auditors, dass das Abwesenheitsverfahren durchgeführt werde, bestätigte in der 144

Folge das angefochtene Strafmandat und auferlegte Ls Sdt r. die Verfahrenskosten. · C. Der Auditor Div Ger 11 führt Kassationsbeschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Abwesenheitsurteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese die Rechtskraft des Strafmandats vom 2. November 1990 zufolge Rückzugs der Einsprache feststelle und als Folge davon das Hauptverfahren als erledigt abschreibe. Der amtliche Verteidiger beantragt die kostenfällige Gutheissung der Kassationsbeschwerde. Der Präsident Div Ger 11 verzichtet auf einen Bericht (Art. 187 Abs. 2 MStP). Aus den Erwägungen: 1. Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP. Ls Sdt T. sei ordnungsgemäss öffentlich zur Hauptverhandlung vom 19. August 1991 vorgeladen worden (act. 22/1) und dennoch nicht hierzu erschienen; dies komme, bei analoger Anwendung von Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP, einem Rückzug der Einsprache gleich. Vor allem aber habe er durch sein Fernbleiben, nachdem ihm am 15. August 1991 eine persönliche Vorladung mit dem Vermerk 'Unentschuldigtes Nichterscheinen gilt als Rückzug der Einsprache' (act. 24) ausgehändigt worden war, seinen Willen, die Einsprache zurückzuziehen, eindeutig kundgetan. Indem die Vorinstanz, statt die Rechtskraft des Strafmandats vom 2. November 1990 festzustellen, ein Abwesenheitsurteil fällte, habe sie Art. 123 MStP und insofern eine wesentliche Verfahrensvorschrift verletzt. 2. Nach Art. 123 Abs. 1 MStP wird das Strafmandat zu einem rechtskräftigen Urteil, wenn keine Einsprache erhoben oder diese zurückgezogen wird; der Rückzug ist spätestens bis zu Beginn der Hauptverhandlung möglich (Abs. 2). Der Wortlaut dieser Bestimmung beantwortet die Frage nach der Form des Rückzugs nicht: ob dieser nur ausdrücklich oder auch konkludent und, im letzteren Falle, dadurch erfolgen könne, dass der Bestrafte der Hauptverhandlung fernbleibt. Im Sinn systematischer Auslegung liegt es nahe, zu prüfen, welche Lösungen das Gesetz zu vergleichbaren Problemen anbietet. Im Vordergrund steht der auch vom Beschwerdeführer herangezogene Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP, wonach der Verzicht auf Aufhebung eines Abwesenheitsurteils angenommen wird, wenn der in Abwesenheit Verurteilte einer Vorladung des Gerichts zur Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren unentschuldig keine Folge leistet. Der Verzicht auf Aufhebung eines Abwesenheitsurteils und der Rückzug einer Einsprache weisen Parallelen auf, weichen aber unter wesentlichen Gesichtspunkten voneinander ab: Die Einsprache bewirkt die erstmalige, das Wiederaufnahmebegehren bereits eine zweite Vorladung vor Gericht; die Einsprache richtet sich gegen einen Akt des Auditors, das Wiederaufnahmebegeh-

ren gegen einen Akt des Gerichts. Vor allem wird nach Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP lediglich vermutet, ein Verurteilter verzichte auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils,

wenn er der Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren fernbleibt; für den Fall jedoch, dass er sich hierfür entschuldigen kann, wird Restitution gewährt. Eine analoge Anwendung von Art. 157 Abs. 2 Bst. b MST in dem Sinn, dass blosses Nichterscheinen des Bestraften zur Hauptverhandlung als konkludenter Rückzug der Einsprache gewertet wird, trägt der differenzierenden Regelung von Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP, namentlich der dort vorgesehenen Restitutionsmöglichkeit, nicht hinreichend Rechnung. Wenn demnach Ls Sdt T. der Hauptverhandlung vom

E. 19

August 1991 trotz ordnungsgemässer Vorladung fernblieb, darf nicht unbesehen in vereinfachender Analogie zu Art. 157 Abs. 2 Bst. b MStP vermutet werden, er habe die Einsprache konkludent zurückgezogen; die Kassationsbeschwerde, die auf dieser Annahme beruht, erweist sich somit als unbegründet. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob Art. 123 MST einen konkludenten Rückzug der Einsprache überhaupt zulasse. (20. März 1992, Aud. e. Div Ger 11) 37. Keine Einstellung des Verfahrens durch Abwesenheitsurteil (Art. 155 Abs. 3 MStP). Dass das Abwesenheitsurteil auf Verurteilung oder Freispruch, und nicht auf Einstellung des Verfahrens lautet, entspricht dem klareren Gesetzeswortlaut und seiner Entstehungsgeschichte. Die fehlende Anhörung des Angeklagten wird durch sein Recht, die Neuurteilung im ordentlichen Verfahren zu verlangen, aufgewogen. Keine Überprüfung von Art. 155 MStP als einer bundesgesetzlichen Bestimmung auf deren Übereinstimmung mit der Bundesverfassung oder mit der dieser (unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsgerichtsbarkeit) gleichgestellten EMRK. Un abandon de la poursuite ne peut pas être prononcé par un jugement par défaut (art. 155, al. 3 PPM) 11 résulte clairement du texte légal et de sa genèse qu'un jugement par défaut ne peut aboutir qu'à une condamnation ou à un acquittement, mais n'on à un abandon de la poursuite. Le fait que l'accusé ne peut être entendu est compensé par son droit de demander le relief et un nouveau jugement dans le cadre de la procédure ordinaire. L'art. 155 PPM, en tant que disposition d'une loi fédérale, ne peut pas être examiné quant à sa compatibilité avec la Constitution fédérale ou avec la CEDH (qui lui est assimilée sous l'aspect de la juridiction constitutionnelle). 146

Nessuna sospensione de/la procedura con sentenze contumaciali (art. 155 cpv. 3 PPM) Corrisponde all'esplicito testo della legge e alla sua genesi che una sentenza contumaciale pronunci la condanna o l'assoluzione e non la sospensione della procedura. La mancata audizione dell'accusato viene compensata dal suo diritto di richiedere un nuovo giudizio nella procedura ordinaria. Nessuna verifica dell'art. 155 cpv. 3 PPM, quale disposizione federale, sulla sua compatibilità con la Costituzione federale o con la CEDU (equiparabile dal punto di vista della costituzionalità). Aus den Erwägungen: 2. a) Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften (Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP). Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, für die Beurteilung der Stichhaltigkeit der Anklage und in noch ausgeprägterem Masse für die Strafzumessung sei die Teilnahme des Betroffenen an der Hauptverhandlung von grundlegender Bedeutung; der persönliche Eindruck vom Angeklagten sei unerlässlich. Ein in seiner Abwesenheit gefälltes Urteil widerspreche den zentralen Grundsätzen des Schuldstrafrechts. Die Verurteilung des Angeklagten im Abwesenheitsverfahren beeinträchtige zudem seine Verteidigungsrechte und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör; Eine wirksame Verteidigung erfordere die Mitwirkung des Betroffenen. Schliesslich verstosse das Abwesenheitsverfahren der MStP gegen Art. 6 EMRK. Die persönliche Teilnahme des

An- geklagten an der Hauptverhandlung sei Voraussetzung für das fundamen- tale Recht auf ein faires Verfahren. Das durchgeführte Abwesenheitsver- fahren vermöge d~n genannten Minimalanforderungen eines Strafverfah- rens in keiner Weise zu genügen. Eine Kontaktnahme über die Auslands- vertretung sei nicht versucht worden; in der Voruntersuchung seien nur die üblichen Berichte eingeholt, der Beschuldigte aber nicht angehört worden; die Beweggründe und die persönlichen Verhältnisse seien unbekannt. Es sei folglich schlechterdings nicht möglich, ein Urteil zu fällen; insbesondere könne die Strafe nach Art. 44 MStG nicht zugemessen werden. Das Urteil sei daher aufzuheben und das Verfahren gegen den Angeklagten sei ein- zustellen (Art~ .145 Abs. 2 MStP). b) Der Beschwerdeführer macht offenbar vorab geltend, eine verfassungs- und EMRK-konforme Auslegung von Art. 155 MStP ergebe, dass vorlie- gend, wo der Angeklagte weder zur Person und zur Sache in der Vorunter- suchung noch vor Gericht habe befragt werden können, die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens unzulässig und folglich das Verfahren ge- stützt auf Art. 145 Abs. 2 MStP einzustellen sei. Dies widerspricht dem kla- ren Gesetzeswortlaut und seiner Entstehungsgeschichte. Art. 155 Abs. 2 MStP sieht zwar eine Verschiebung der Hauptverhandlung vor, "wenn das. 147

persönliche Erscheinen des Angeklagten unerlässlich ist". · Dies ist indes- sen ·nu r dan n möglich und sinnvoll, wenn sein Aufenthaltsort bekannt ist und er innert absehbarer Frist vor Gericht gestellt werden kann. Ist dies nicht der Fall, wird ausnahmslos das Abwesenheitsverfahren durchgeführt, wobei das Urteil "auf Verurteilung oder Freispruch" zu lauten hat (Art. 155 Abs. 3 MStP). Die Möglichkeit der vorläufigen Verfahrenseinstellung war zwar im Entwurf des Bundesrates vorgesehen (E. Art. 150 Abs. 4, BBI 1977 11, S. 176) für den Fall, "dass sich in Abwesenheit des Angeklagten weder seine Schuld noch seine Nichtschuld feststellen" lasse. Sie wurde dann aber auf Vorschlag von Nationalrat Alder in der nationalrätlichen Kommission- verworfen, weil das Verfahren "einmal abgesetzt) lassen wer- den" müsse (vgl. Protokoll der Sitzungen der NR-Kommission vom 31. Oktober und 1. November 1977, S. 97 bis 99; Bericht N r. 23 vom Januar 78 des Eidgenössischen Militärdepartementes betreffend E. Art. 150 MStP, wo ausgeführt wird, die Annahme des Antrages Alder führe dazu, dass die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens entfalle, was sich in der Praxis so auswirken dürfte, dass das Gericht schuldigsprechen werde, wenn sich ein Freispruch nicht offensichtlich aufdränge). Die neue Fassung von Art. 150 Abs. 4 MStP gemäss Vorschlag des Militärdepartementes wurde von den Räten zum Beschluss erhoben und entspr~cht dem heutigen Art. 155 Abs. 3 MStP. Für die vom Beschwerdeführer angestrebte Auslegung der Bestimmungen über das Abwesenheitsverfahren bleibt demnach k~in Raum, und· di e Rüge einer mittelbaren Verfassungs- bzw. Konventionsverletzung ist abzuwei- sen. e) Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Verurteilung und Straf- zumessung im konkret durchgeführten Abwesenheitsverfahren sei nicht möglich, weshalb jedenfalls ein Freispruch zu erfolgen habe, ist die Kassa- tionsbeschwerde ebenfalls abzuweisen. Die fehlende Anhörung und Mit- wirkung des Angeklagten in der Voruntersuchung und vor Gericht wird durch sein Recht, die Aufhebung des Abwesenheitsurteils und die Neube- urteilung zu verlangen (Art. 156 MStP), aufgewogen und nötigenfalls ge- heilt. d) Die Vorinstanz hat (unter Hinweis auf MKGE 1 O N r. 34) zutreffend aus- geführt, dass die Bestimmungen des MSt~ und der MStP als Bundesge- setze gestützt auf Art. 113 Abs. 3 und 114 Abs. 3 BV nicht auf i h re Ver- fassungsmässigkeit überprüft werden können (vorinstanzliches Urteil S. 7/8). Soweit der Beschwerdeführer in seiner Kassationsbeschwerde eine unmittelbare Verfassungsverletzung durch die MStP-Bestimmungen betref- fend das

Abwesenheitsverfahren geltend macht, ist demnach auf die Rüge nicht einzutreten. 148

e) Gleicherweise kann auch auf die Rüge einer unmittelbaren Verletzung der EMRK im Zusammenhang mit den Bestimmungen des Abwesenheitsverfahrens in Art. 155 ff. MStP nicht eingetreten werden. Das Militärkassationsgericht hat sich in MKGE 1988 Nr. 31 der Rechtsprechung des Bundesgerichtes angeschlossen und angesichts des verfassungsähnlichen Charakters der EMRK, deren Ratifikation durch die Schweiz die innerstaatliche Ordnung aufgrund von Art. 113 Abs. 3 BV nicht geändert hat, eine Prüfung der Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Konvention abgelehnt (anders MKGE 10 Nr. 34 Erw. 3b und 9 Nr. 136 Erw. 2a). Diese Rechtsprechung wurde in MKGE 1989 Nr. 19 (Erw. 7) bestätigt. Die Zulassung der Rüge der Konventionswidrigkeit müsste in der Tat zu einer gewissen Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen führen, was nicht der Sinn der Ratifikation der EMRK sein kann (MKGE 1988 Nr. 31 Erw. 2c, MKGE vom 4. Dezember 1989 i.S. M., Seite 11). Im übrigen hat die Vorinstanz zu Recht vermerkt, dass das Abwesenheitsverfahren dann nicht gegen Art. 6 EMRK verstößt, wenn für den Betroffenen die Möglichkeit besteht, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu verlangen, sobald er von der Verurteilung erfährt bzw. sich den Strafbehörden stellt (Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Strassburg 1985, S. 141, Anmerkung 66 zu Art. 6 EMRK a.E.; MiehslerNogler, Internationaler Kommentar zur EMRK, Köln 1986, S. 130, Anmerkung 362 zu Art. 6 EMRK; BGE 113 Ia 230/231 Erw. 2 Praxis 1988.Nr. 31 Erw. 2). Diese Möglichkeit sieht Art. 156 MStP vor. (20. März 1992, G. e. Div Ger 11) 38. Revision eines Abwesenheitsurteils (Art. 200 MStP) Beschwer als allgemeine Rechtsmittelvoraussetzung: Durch Schuld- und Strafspruch bleibt ein Verurteilter beschwert, auch wenn er die Strafe verbüsst hat. Er verzichtet im Abwesenheitsverfahren Verurteilter auf Neubeurteilung im ordentlichen Verfahren, so ist das Abwesenheitsurteil nur in materieller Hinsicht der Revision zugänglich. Ein Revisionsgesuch gegen ein Abwesenheitsurteil kann demnach nicht damit begründet werden, die Voraussetzungen des Abwesenheitsverfahrens seien nicht erfüllt gewesen (E. 1). Im Revisionsgesuch sind neue Tatsachen und Beweismittel genau zu bezeichnen; es ist anzugeben, welche Schlüsse daraus zu ziehen sind. Blosser Rechtsfehler genügen nicht für eine Wiederaufnahme des Verfahrens (E. 2). 149

Révision d'un jugement par défaut (art. 200 PPIVI) Préjudice en tant que condition préalable générale de l'existence d'un moyen de droit: par le verdict de culpabilité _ et la condamnation, le condamné demeure grevé d'un préjudice même s'il a déjà subi sa peine. Lorsque le condamné par défaut renonce à demander le relief et un nouveau jugement dans le cadre de la procédure ordinaire, le jugement par défaut est susceptible de révision seulement quant au fond. Des lors, une demande de révision d'un jugement par défaut ne peut se fonder sur le grief que les conditions d'un jugement par défaut n'auraient pas été réunies (consid. 1). La demande de révision doit désigner avec précision les faits nouveaux et les moyens de preuve; il y a lieu d'indiquer quelles conclusions en résultent. Une simple erreur de droit ne suffit pas à fonder une reprise de la procédure (consid. 2).

Revisione di una sentenza contumacia/e (art. 200 PPM) 11 pregiudizio quale premessa generale del mezzo d'impugnazione: il condannato rimane pregiudicato dai verdetto di colpevolezza e di condanna anche quando ha espiato la pena. Se un condannato in contumacia rinuncia ad un nuovo giudizio in procedura ordinaria, la sentenza contumaciale è suscettibile di revisione solo dal profilo materiale. La domanda di revisione contro una sentenza contumaciale non può pertanto essere fondata sostenendo che le premesse della procedura contumaciale non siano state rispettate (cons. 1). Nella domanda di revisione

sono da designare dettagliatamente i fatti nuovi e i mezzi, di prova; occorre indicare quali conclusioni vi si possono trarre. Semplici errori di diritto non bastano per la riapertura del procedimento (cons. 2). Aus den Erwägungen: 1. a) Gemäss Art. 200 Abs. 1 lit. a MStG kann die Revision eines rechtskräftigen Urteils verlangt werden, wenn "Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, die dem Richter im früheren Verfahren nicht bekannt waren und die allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen geeignet sind, Freispruch oder erheblich geringere Bestrafung des Verurteilten ... zu bewirken". Bei den Akten finden sich keine Unterlagen über die Zustellung des Abwesenheitsurteils an den Angeklagten. Nachdem er indessen die von der Vorinstanz ausgesprochene Gefängnisstrafe in der Zeit vom 14. Juni bis 13. Juli 1982 verbüsst hat, ist anzunehmen, dass es ihm ordnungsgemäss zugestellt worden ist und er auf die Durchführung des ordentlichen Verfahrens - zumindest stillschweigend (vgl. Art. 157 Abs. 2 lit. a MStP) - verzich-

tet hat. Der Entscheid der Vorinstanz ist daher revisionsfähig (MKGE vom 5. Dezember 1984 i. S. S.). b) Nach allgemeinem prozessualen Grundsatz kann ein Rechtsmittel nur einlegen, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist, also an seiner Aufhebung oder Änderung ein rechtlich schützenswertes Interesse hat (R. Hauser, Kurzlehrbuch des schweiz. Strafprozessrechts, 2. A., 271 f.; N. Schmid, Strafprozessrecht, N. 975 ff.). Der Gesuchsteller macht geltend, ein in die verlängerte Probezeit fallendes Delikt habe d er Widerruf d er vom Obergericht Zürich bedingt ausgesprochenen Gefängnisstrafe zur Folge gehabt. Er verzichtet jedoch darauf, diese Behauptung - etwa durch Vorlegung des widerrufenden Entscheides - zu belegen. Indessen bleibt der Verurteilte durch Schuld- und Strafspruch beschwert, selbst wenn er die Strafe verbüsst hat (K. Peters, Strafprozess, 4. A., 680 zu § 361 Abs. 1 dStPO). Es ist unter diesem Gesichtspunkt also auf das Gesuch einzutreten. e) Das Revisionsgesuch kann nicht damit begründet werden, dass die Grundlagen für das Abwesenheitsverfahren gefehlt hätten. Der in Abwesenheit Verurteilte ist nämlich ohne weitere Voraussetzungen berechtigt, Neubeurteilung zu verlangen, die dann im ordentlichen Verfahren stattfindet (Art. 156 MStP); verzichtet er darauf, so unterliegt der Revision das Sachurteil nur noch in materieller Hinsicht. Soweit das Gesuch also geltend macht, der Gesuchsteller habe unverschuldeterweise den Gerichtstermin verpasst, sei andererseits nicht flüchtig gewesen, ist darauf nicht einzutreten. 2. Im Revisionsbegehren müssen neue Tatsachen oder Beweismittel geltend gemacht werden, die wichtig genug sind, um das frühere Beweismaterial als in wesentlichen Punkten lückenhaft erscheinen zu lassen und eine neue Beurteilung zu rechtfertigen (Haefliger, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung, N. 7 zu Art. 199 MStGO). Ein blosser Rechtsfehler genügt nicht für eine Wiederaufnahme des Verfahrens (Hauser, a.a.O., 297). Die neuen Tatsachen oder Beweismittel sind genau zu bezeichnen und es ist anzugeben, welche Schlüsse daraus zu ziehen sind (Haefliger, a.a.O., N. 5 zu Art. 199 MStGO). Unter diesem Aspekt sind die weiteren Vorbringen des Anwalts des Gesuchstellers zu prüfen. (20. März 1992, St. e. Div Ger 11) 151

39. Valeurs éthiques fondamentales {art. 81, chiffre 2 CPM dans sa teneur du 5.10.1990)
Celui qui, sur la base d'une réflexion critique, ne voit pas l'utilité de l'armée, ne se trouve pas pour autant confronté à des exigences contraignantes de la conscience qui ne laisseraient subsister aucune liberté de décision pour ou contre le service militaire. Une position personnelle délibérée prise contre le service militaire; même si elle se réfère à des motifs d'ordre éthique, ne repose pas nécessairement sur des valeurs éthiques fondamentales au sens de l'art. 81, chiffre 2 CPM dans sa teneur modifiée du 5.10.1990.

Ethische Grundwerte {Art. 81 Ziff. 2 MStG, Fassung vom 5.10.1990) Wer aufgrund kritischer Überlegungen der Armee keinen Sinn abgewinnen kann, steht deswegen noch nicht unter jenem Zwang des Gewissens, der keine freie Entscheidung für oder gegen den Militärdienst mehr zulässt. Nicht jede persönliche; wenn auch ethisch motivierte Einstellung gegen den Militärdienst beruht auf ethischen Grundwerten im Sinn des am 5.10.1990 geänderten Art. 81 Ziff. 2 MStG. Valori etici fondamentali (art. 81 cfr. 2 CPM, nuovo testo del 5.10.1990) Chi in base a riflessioni critiche non è in grado di ricavare un senso dall'esercito, non sottostà per questo a quella coercizione della coscienza che impedisce una libera decisione, pro o contro il servizio militare. Non ogni atteggiamento personale contro il servizio militare, anche se motivato eticamente, si fonda su valori etici fondamentali ai sensi dell'art. 81 cfr. 2 CPM, mod. del 5.10.1990. Résumé des faits: A. Par jugement du 23 août 1991, le Tribunal militaire d'appel 1 A a reconnu l'app mi G.T. coupable de refus de servir au sens de l'article 81, chiffre 1 alinéa 1 CPM et l'a condamné à vingt jours d'emprisonnement, ainsi qu'à l'exclusion de l'armée. B. Les faits de la cause peuvent être résumés ainsi: L'app mi .G.T. a effectué son école de recrues en 1971, sept cours de répétition en élite, un cours d'introduction pour mineurs et trois cours de complément dont le dernier en automne 1984. Il a fait défaut au dernier cours de landsturm qu'il aurait dû accomplir avec son unité du 8 au 13 juin 1990, non sans avoir averti son commandant qu'il ne donnerait pas suite à l'ordre de marche. 152

En cours d'enquête, il s'est exprimé oralement et par écrit sur les motifs de son défaut qui relèvent de thèses pacifistes. Les renseignements recueillis sur le compte de G. T. sont bons et il ne figure pas au casier judiciaire. Marié et père de deux enfants, il exerce la profession de restaurateur de meubles anciens à Pully. Promu appointé en 1975, l'accusé est décrit comme un soldat agréable et discret, accomplissant son travail à satisfaction. C. Le 18 avril 1991, le Tribunal de division 10 A avait reconnu G.T. coupable de refus de servir (art. 81, eh. 2 CPM) et l'avait condamné à vingt jours d'emprisonnement à subir sur la forme des arrêts répressifs. Retenant l'existence de convictions morales, les premiers juges avaient considéré qu'il y avait doute sur l'existence d'un conflit de conscience, doute qui devait profiter à l'accusé. Sur appel de l'auditeur, le jugement a été modifié, G.T. étant reconnu coupable de refus de servir (art. 81, eh. 1, al. 1 CPM). D. Par lettre du 28 août 1991, l'accusé a déclaré se pourvoir en cassation. Il a motivé son recours dans un mémoire du 16 décembre 1991 aux termes duquel il conclut à l'annulation du jugement du Tribunal militaire d'appel. L'auditeur et le président du Tribunal militaire d'appel ont conclu au rejet du recours. Considérant: 1. La voie de la cassation est ouverte contre les jugements des tribunaux militaires d'appel (art. 184, al. 1, lit. a PPM). Annoncé dans le délai de cinq jours dès la communication orale du jugement et motivé dans le délai de vingt jours à compter de sa notification, le pourvoi en cassation est recevable (art. 186, al. 2 et 187, al. 2 PPM). En l'espèce, le recourant invoque une violation de la loi pénale, une motivation insuffisante, ainsi que des constatations de fait contraires à l'administration des preuves, au sens de l'article 185, alinéa 1, lettres d, e et f PPM. 2. Le recourant fait valoir comme premier moyen que le jugement est insuffisamment motivé (art. 85, lit. e PPM). Ce grief doit être rejeté. Si la motivation d'un jugement est essentielle, elle n'a pas besoin d'être exhaustive. Elle peut même être sommaire si elle permet aux parties de prendre connaissance du raisonnement du Tribunal. C'est en effet ce point 153

qui est déterminant pour l'instance de recours qui ne pourra statuer que si elle est en mesure d'apprécier les raisons qui justifient le dispositif (ATMC H., du 7.3.1989). En l'espèce, la

mativation relativement ~rêve permet cependant de cam- . prendre peur quai le Tribunal militaire d'appel a considéré que G.T. agissait pour des motifs politiques et nan en raisan de convictions fondées sur des valeurs éthiques fondamentales, ce qui suffit au regard des principes ex- posés ci-dessus. 3. Dans son deuxième et principal moyen, le recourant invoque une viola- tion de la loi pénale au sens de l'article 185, lettre d PPM. 11 estime que c'est à tort que les juges d'appel ant refusé de le mettre au bénéfice du sta- tut privilégié d'objecteur de conscience selon l'Çrticle 81, chiffre- 2 CPM. a) Selon cette disposition, entrée en vigueur dans sa teneur actuelle le 15 juillet 1991, l'auteur d'un refus de servir qui rend vraisemblable, en se fon- dant sur des valeurs éthiques fondamentales, qu'il ne peut concilier le ser- vice militaire avec les exigences de sa conscience, sera recannu coupable par le juge, mais astreint à un travail d'in~érêt général. - Pour bénéficier du privilège de l'article 81, chiffre 2 CPM, il faut que les mo- tifs de conscience invoqués reposent sur des valeurs éthiques fondamen- tales que le juge devra constater. L'examen du juge devra porter en outre sur l'existence d'un conflit de conscience, soit sur l'existence d'un lien de causalité entre les impératifs de la conscience et le refus de servir. 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 devra être appliquée. b) La décision dictée par la conscience est un jugement de valeur de ca- ractère 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 pra- fonde. La conscience est en effet l'instance ultime et décisive qui pousse l'auteur, dans des circonstances concrètes de la vie, à se comporter d'une certaine manière pour être en accord avec lui-même. La personne qui se trouve dans la situation de prendre une décision fondée sur sa conscience n'est pas libre dans son choix. Elle doit agir conformément à ce que sa conscience lui commande. Cette voix intérieure dicte un comportement qui ne fait place ni aux compromis, ni aux demi-mesures. L'objection de cons- cience se distingue du refus de servir fondé sur des principes éthiques abstraits ou des professions de foi apprises. Elle reste exceptionnelle, car dans le cours ordinaire de la vie, la plupart des décisions sant prises en fonction de normes usuelles et d'échelles de valeurs qui n'ont pas de ca- ractère impératif. · 154

e) Si, dans l'examen du conflit de conscience, il faut renoncer à faire de subtiles distinctions entre les motifs d'ordre éthique, religieux ou politique, il ne convient pourtant pas de privilégier n'importe quelle décision dictée à son auteur par sa conscience. Seuls les comportements fondés sur une certitude intérieure qui se réfère à des valeurs éthiques fondamentales peuvent justifier l'application de l'article 81, chiffre 2 CPM. Ces valeurs éthiques fondamentales sont celles qui ont profondément imprégné la so- ciété au cours du temps et qui tendent à ce qu'en toutes circonstances le bien l'emporte sur le mal et la justice triomphe de l'injustice. Une décision fondée sur une appréciation rationnelle résultant de l'application de critères servant à distinguer ce qui est faux de ce qui est correct aux yeux de son auteur ne saurait caractériser le dilemme qui rend le service militaire in- compatible avec les exigences de sa conscience. Un comportement résultant de l'adhésion à des principes humanitaires ou à une idéologie de caractère politique n~ justifie pas l'octroi du privilège prévu par la l oi, à nioins qu'il ne se fonde simultanément su r des convic- tions profondes et des sentiments élevés relevant des valeurs éthiques fondamentales. ·1.1 ne suffit donc pas de se réclamer d'une philosophie personnelle pour que les conditi'ons posées à l'application de l'article 81, chiffre 2 CPM soient ré- alisées. Seuls des préceptes moraux supérieurs, dont le caractère contrai- gnant pour la conscience doit être rendu vraisemblable, qualifient l'objec- tion de consciehce. d) En l'espèce, les faits retenus par les juges d'appel

mettent en évidence chez G.T. des considérations non violentes et pacifistes. Cependant, cela ne suffit pas pour que l'on puisse retenir chez le recourant des convictions morales à caractère impératif qui seules permettent l'application des dispositions de l'article 81, chiffre 2 CPM. Si l'on se réfère au mémoire de recours, G. T. insiste sur le fait que sa déclaration écrite remise au juge d'instruction le 15 décembre 1990 démontrerait "le caractère globalisant et fondamental de son engagement". Or, tel ne saurait être le sens que l'on peut donner à cet écrit qui est un long texte sur l'inutilité de l'armée et la volonté manifestée par son auteur de promouvoir une autre logique des rapports entre individus. L'objection y apparaît alors clairement comme un choix délié du recourant résultant d'une réflexion intellectuelle et non d'un dilemme entre sa conscience morale et sa conscience civique. Les déclarations en audience principale ne permettaient pas aux juges d'aboutir à une conclusion différente; prenant le public à témoin, G.T. y exposait son opposition à un système et ses thèses non violentes, sans qu'apparaisse un véritable état de nécessité morale. Le recourant ne s'est d'ailleurs pas mépris sur le fondement de son objection lorsque, dans sa lettre de lecture parue dans le journal de Pully après l'audience devant le 155

Tribunal de division, il rapportait y avoir soutenu des arguments politiques et se réjouir d'avoir fait avancer la cause qu'il défendait. Dans ces conditions, c'est à juste titre que les juges d'appel ont considéré que G.T. était poussé à agir par des motifs politiques au sens large. Le refus de mettre le recourant au bénéfice du régime privilégié de l'article 81, chiffre 2 CPM ne constitue dès lors pas une violation de la loi. 4. Dans un dernier moyen, le recourant soutient que des constatations de fait essentielles du jugement sont en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (art. 185, al. 1, lit. f PPM). Comme l'indique la disposition légale précitée, ce motif de cassation n'est réalisé que si les contradictions concernent des constatations de fait essentielles. Or, en l'espèce, G.T. se plaint uniquement du fait que son texte de quatre pages remis au juge d'instruction ait été tronqué, ce qui en aurait modifié le sens. S'il est vrai que le texte entier de G.T. n'a pas été reproduit dans le jugement - ce qui n'était d'ailleurs pas nécessaire -, on cherche en vain dans le texte complet des passages prétendument oubliés par les juges qui exposeraient le dilemme de son auteur entre sa conscience morale et sa conscience civique, élément de fait déterminant. Le grief d'arbitraire dans les constatations de fait essentielles n'est dès lors pas fondé. (20 mars 1992, T. e. MAG 1A) 40. Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts in der Hauptverhandlung {Art. 148 und Art. 181 Abs. 3 MStP} · Vom Gesetzgeber gewollter Unterschied in Art. 148 Abs. 2 MStP einerseits und Art. 181 Abs. 3 MStP andererseits. Hat der Auditor jedoch weder vor dem Divisions- noch vor dem Militärappellationsgericht auf eine Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts auf eine in der Anklageschrift nicht genannte, seiner Meinung nach jedoch anwendbare Strafbestimmung hingewiesen, so kann er im Kassationsverfahren nicht darauf zurückkommen. Andernfalls würden dem Angeklagten das rechtliche Gehör verweigert und der Grundsatz der Waffengleichheit verletzt. Changement de la qualification juridique au cours de l'audience principale (art. 148 et 181, al. 3 PPM) Divergence voulue par le législateur entre l'art. 148, al. 2 PPM, d'une part, et l'art. 181, al. 3 PPM, d'autre part. 156

Lorsque l'auditeur n'a mentionné ni devant le tribunal de division, ni devant le tribunal d'appel, un changement de qualification juridique - à savoir une disposition pénale non visée dans l'acte d'accusation, mais applicable selon son avis - il ne peut pas s'en prévaloir au cours de la procédure de cassation. S'il en était autrement, le droit de l'accusé d'être

entendu ainsi que le principe de l'égalité des moyens de procédure seraient violés.

Mutamento de/la qualificázione giuridica al d~battimento (art. 148 e art. 181 cpv. 3 PPM)

Distinzione voluta dallegislatore tra l'art. 148 cpv. 2 PPM da una parte e l'art. 181 cpv. 3 PPM dall'altra. Se liuditore non ha notificato il mutamento della qualificazione giuridica - relativa ad una norma penale, a suo parere applicabile, ma non menzionata nell'atto d'accusa - né davanti al tribunale di divisione né davanti al Tribunale militare di appello, non puà piu riprendere questo punto nella procedura di cassazione. In caso contrario si negherebbe all'accusato il diritto di essere sentito e sarebbe violato il principio _ de lia parità delle armi.

Aus den Erwågungen: 1. a) Die Kassationsbeschwerde kann erhoben werden gegen Urteile der Militärappellationsgerichte (Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP). Der Auditor ist zur Einreichung der Kassationsbeschwerde aktivlegitimiert (Arf. 186 Abs. 1 MStP). Da die Beschwerde rechtzeitig und formgerecht (Art. 186 Abs. 2 MStP) eingereicht und begründet wurde (Art. 186 Abs. 2, Art. 187 Abs. 1 MStP), ist auf sie einzutreten. · b) Die Kassationsgründe werden in Art. 185 Abs. 1 MStP abschliessend aufgezählt. Im vorliegenden Falle macht der Beschwerdeführer die Verletzung des Strafgesetzes (Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP) geltend und rügt ferner, dass wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis des Beweisverfahrens widersprechen (Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP). Das Militärkassationsgericht prüft grundsätzlich nur die gestellten Anträge (Art. 189 Abs. 2 MStP); bei Kassationsbeschwerden, die sich auf Art. 185 Abs. 1 lit. d, e oder f MStP stützen, ist das Militärkassationsgericht indessen nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 4 MStP). 2. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, das Strafgesetz deshalb verletzt zu haben, weil sie sich darauf beschränkt habe, den dem Angeklagten vorgeworfenen Sachverhalt lediglich unter jenem rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen, der in der Anklageschrift enthalten gewesen sei; vielmehr hätte die Vorinstanz Art. 72 MStG anwenden und den Angeklag-

1 ten im Sinne dieser Vorschrift schuldig sprechen müssen. Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob die Vorinstanz aus prozessrechtlicher Sicht überhaupt berechtigt gewesen wäre, die dem Angeklagten vorgeworfene Tat unter einem neuen rechtlichen Gesichtspunkt zu würdigen. a) Art. 115 lit. e MStP schreibt vor, dass in der Anklageschrift die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Tat mit Strafe bedrohen, erwähnt werden müssen. Im vorliegenden Falle wurde Art. 72 MStG aber in der Anklageschrift nicht aufgeführt. Gemäss Art. 147 MStP bildet Gegenstand des Urteils die in der Anklageschrift bezeichnete Tat. Was die juristische Qualifikation betrifft, so präzisiert Art. 148 Abs. 1 MStP, dass das Gericht an die rechtliche Beurteilung, die der Anklage zugrunde liegt, nicht gebunden sei. Demgegenüber hält Art. 148 Abs. 2 MStP fest, dass eine Verurteilung aufgrund von Strafbestimmungen, die nicht in der Anklageschrift aufgeführt sind, nur erfolgen darf, wenn der Angeklagte zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist. Im vorliegenden Falle wurde der Angeklagte aber nie auf eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen, weshalb die Beurteilung des Falles durch das Divisionsgericht ausschliesslich unter dem Aspekt von Art. 163 MStG zu erfolgen hatte. b) Zu prüfen ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes vor dem Militärappellationsgericht zulässig ist. Gemäss Art. 182 Abs. 1 MStP ist das Militärappellationsgericht bei der Neubeurteilung der Strafsache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei, und Art. 181 Abs. 3 MStP verweist, was die Hauptverhandlung betrifft, lediglich auf Art. 148 Abs. 1, nicht aber auf Art. 148 Abs. 2

MStP. Daraus schliesst die Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtes, dass das Militärappellationsgericht den Fali aufgrund eines bewussten Entscheides des Gesetzgebers zur Wahrung der Rechtseinheit ohne Hinweis an die Parteien anders beurteilen kann, als dies der Auditor in der Anklageschrift beantragt hat (vgl. MKGE 1989 Nr. 17; MKGE vom 18. Juni 1990 i.S. R.). Auf eine solche klare Rechtslage kann sich aber der Auditor nicht berufen, der den von ihm in der Anklageschrift eingenommenen rechtlichen Gesichtspunkt weder vor dem Divisionsgericht noch vor dem Militärappellationsgericht ändert und erst im Kassationsverfahren geltend macht, das Militärappellationsgericht hätte den Sachverhalt unter einen anderen Tatbestand subsumieren müssen. In einem solchen Fali hätte der Angeklagte keine Gelegenheit, zur Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes Stellung zu nehmen. Darin wäre aber abgesehen von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Art. 4 BV) insbesondere auch eine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit (Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK) zu erblicken (vgl. BGE 104 Ia 314; Schmid N., Strafprozessrecht, Zürich.1989, Nr. 236). Im vorliegenden Falle hat es der Auditor unterlassen, in der Anklageschrift auf Art. 72 MStG hinzuweisen; entsprechende Anträge hat er weder

vor Divisionsgericht noch vor Militärappellationsgericht gestellt. Aus den angeführten prozessrechtlichen Gründen kann im Kassationsverfahren auf diesen Punkt nicht mehr zurückgekommen werden. Die Kassationsbeschwerde ist daher abzuweisen. (20. März 1992, Aud. e. MAG 28) 41.)auer der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse bei Dienstverweigerung durch einen Offizier (Art. 81 Ziff. 2 MStG, Fassung vom 5.10.1990) Der am 5.10.1990 geänderte Art. 81 Ziff. 2 MStG ist gegenüber der früheren Fassung das mildere Gesetz im Sinn von Art. 8 Abs. 2 MStG (E. 2). Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse als Massnahme sui generis. Ihre Dauer ist durch ein Regelmass mit Höchstgrenze festgelegt. Umstände im Sinne der gesetzlichen Strafzumessungsgründe (Art. 44 MStG), die als Qualifikationsmerkmale für die Anwendbarkeit von Art. 81 Ziff. 2 MStG herangezogen wurden, lassen sich nicht erneut heranziehen, um das Regelmass von vornherein zu relativieren. Nach den gesetzlichen Strafzumessungsgründen bestimmt sich, wie lange die Arbeitsleistung zwischen dem Regel- und dem Höchstmass dauern soll, wogegen das Regelmass nur unterschritten werden darf, wenn fallbezogene Umstände vorliegen, die einem Tatbeweis gleichkommen. Soweit sich der verweigernde Militärdienst nach Grad und Stellung bemisst, ändert sich auch die Dauer der Arbeitsleistung, wodurch vom Gesetzgeber in Kauf genommene individuelle Unterschiede entstehen können (E. 3 und 4). Keine rechtsungleiche Beh&indlung eines Offiziers~ dessen Arbeitsleistung länger dauert als jene eines Soldaten; denn zwischen Offizieren und Soldaten bestehen unter dem Gesichtspunkt der Dienstdauer, der Dienstpflicht und der Verantwortung wesentliche Unterschiede (E. 5). Der verweigernde Dienst berechnet sich nach der zur Zeit der Verweigerung rechtlich vorgeschriebenen Dienstdauer, unabhängig von allf&iligen tatsächlich gewährten Dienstverkürzungen (E. 6). *Durée de l'astreinte à un travail/ d'intérêt général en cas de refus de servir d'un officier*(a.r.t. 81, chiffre 2 CPM dans sa teneur du 5.10.1990) L'art. 81, chiffre 2 CPM dans sa teneur modifiée du 5.10.1990 est, par rapport au texte légal antérieur, une loi plus favorable au sens de l'art. 8, al. 2 CPM (consid. 2). 159

Astreinte à un travail d'intérêt général en tant que mesure sui generis. La durée de l'astreinte est fixée par une réglementation établissant une durée normale et un maximum. Des circonstances au sens des critères légaux de fixation de la peine { art. 44 CPM), dont il a déjà été tenu compte en tant que critères de qualification en vue de l'application de l'art.

81, chiffre 2 CPM, ne peuvent pas être prises en compte une seconde fois de manière à remettre d'emblée en cause la durée normale de l'astreinte. Les critères légaux de fixation de la peine interviennent pour déterminer la durée de l'astreinte au travail dans la fourchette comprise entre la durée normale et le maximum; il n'y a lieu de fixer une durée inférieure à la durée normale que s'il existe des circonstances particulières à l'espèce équivalant à une preuve par l'acte. Dans la mesure où la durée du service refusé dépend du grade et de la fonction, la durée de l'astreinte au travail peut s'en trouver modifiée; il pourrait en résulter de cas en cas des variations compatibles avec les intentions du législateur (consid. 3 et 4). Il n'y a pas d'inégalité de traitement d'un officier dont l'astreinte au travail est d'une durée supérieure à celle d'un soldat; en effet il existe des différences notables entre officiers et soldats sous l'aspect de la durée du service, de l'obligation de servir et des responsabilités (consid. 5). La durée du service refusé est calculée sur la base de la durée de service prescrite par la loi au moment du refus de servir, indépendamment d'éventuelles réductions qui ont pu être accordées en ce qui concerne la durée du service effectivement accompli (consid. 6). Durata de lavoro di pubblico interesse nel caso di rifiuto de servizio da parte di un ufficiale (art. 81 cfr. 2 CPM, nuovo testo del 5.10.1990) L'art. 81 cfr. 2 CPM modificato il 5.10.1990 e, in confronto alla versione precedente, la legge più favorevole ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 CPM (cons. 2). Il lavoro di pubblico interesse quale misura sui generis. La sua durata è stabilita con una regola avente un limite massimo. Circostanze, nel senso di motivi legali per la commisurazione della pena (art. 44 CPM), già impiegate quali caratteristiche di qualificazione per l'applicazione dell'art. 81 cfr. 2 CPM, non possono più essere usate per relativizzare fin dall'inizio la misura regolare. Secondo i criteri legali di commisurazione della pena, si determina quanto deve durare il lavoro tra la regola e la misura massima, mentre si può scendere dalla regola quando esistono delle circostanze in relazione al caso, che equivalgono ad una prova del fatto. Nella misura in cui il servizio militare va stabilito, secondo il grado e la funzione, varia anche la durata della prestazione del lavoro, per cui possono sorgere differenze individuali compatibili con la volontà del legislatore (cons. 3 e 4). Nessuna disparità di trattamento di un ufficiale con un obbligo al lavoro più lungo di quello di un soldato, poiché tra ufficiali e soldati e- 160

siste una differenza importante dal punto di vista della durata del servizio, dell'obbligo del servizio e della responsabilità (cons. 5). Il servizio rifiutato si calcola secondo la durata del servizio prescritta al momento del rifiuto, indipendentemente da eventuali riduzioni effettive del servizio concesse (cons. 6). Aus dem Sachverhalt: A. Das Divisionsgericht 7 verurteilte Oblt I. am 30. April 1991 wegen Dienstverweigerung im Sinn von Art. 81 Ziff. 2 MStG, bestrafte ihn mit einem Monat Gefängnis, schloss ihn aus der Armee aus und auferlegte ihm die Verfahrenskosten. B. Der Auditor appellierte gegen dieses Urteil. Am 29. Oktober 1991 verurteilte das Militärappellationsgericht 28 Oblt I. wegen Dienstverweigerung im Sinn von Art. 81 Ziff. 2 (neu) MStG, verpflichtete ihn zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse mit einer Dauer von neun Monaten, schloss ihn aus der Armee aus und auferlegte ihm die erstinstanzlichen Verfahrenskosten (wogegen die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten zulasten des Bundes gingen). C. Oblt I führt Kassationsbeschwerde. Er beantragt, dass er, in Abänderung des Urteils des Militärappellationsgerichts 28, zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse mit einer Dauer von 60 Tagen verpflichtet werde; die Kosten seien nach Gesetz zu verlegen; weil jedoch zur Auslegung des neuen Art. 81 MStG noch keine gefestigte Praxis bestehe, wäre, falls er unterliegen sollte, zu prüfen, ob ihm die amtlichen Kosten nicht ganz oder teilweise

zu erlassen sein. Der Auditor beantragt die kostenfällige Abweisung der Kassationsbeschwerde. Der Präsident des Militärappellationsgerichts 28 verzichtet auf einen Bericht (Art. 187 Abs. 2 MStP) und verweist auf das angefochtene Urteil. Aus den Erwägungen: 1. Hält das Militärkassationsgericht eine Kassationsbeschwerde für begründet, so hebt es das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (Art. 190 und 191 MStP); selber neu urteilen darf es grundsätzlich nicht. Entsprechend kann es auf das Begehren, den Beschwerdeführer zu einer Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse mit einer Dauer von 60 Tagen zu verpflichten, nicht eintreten. 2. Dass sich die Dienstverweigerung des Beschwerdeführers nach Art. 81 Ziff. 2 MStG in der Fassung vom 5. Oktober 1990 (in Kraft gesetzt auf den 15. Juli 1991) beurteilt, dass er im Sinne dieser Bestimmung den Militar-

161 dienst nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann und dass das anwendbare neue Recht für ihn im Sinne von Art. 8 Abs. 2 MStG das mildere ist, wird nicht gerügt. Gerügt wird einzig, die Dauer der Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse, zu der die Vorinstanz den Beschwerdeführer verpflichtet hat, beruhe auf Ermessensverweigerung und sei insofern willkürlich: verletze Art. 81 Ziff. 2 und Art. 44 MStG sowie Art. 4 BV. 3. Nach Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG beträgt die im öffentlichen Interesse liegende Arbeitsleistung "in der Regel das Anderthalbfache des gesamten verweigerten Militärdienstes, höchstens aber zwei Jahre". Bei dieser Arbeitsleistung handelt es sich um eine „Massnahme sui generis“ als Ersatz der Gefängnis- oder Haftstrafe (Botschaft über die Änderung des MStG und der MO vom 27. Mai 1987; BBl. 1987 11 1317, 213.2). Die Zumessungsregelung gewährt dem Richter seinen grossen Ermessensspielraum und erlaubt ihm, besonderen Umständen Rechnung zu tragen" (zit. Botschaft; BBl. 1987 11 1323 unten, 221.3). Zu den besonderen Umständen, nach denen der Richter die Arbeitsleistung zumisst, gehören Umstände im Sinne der gesetzlichen Strafzumessungsgründe (Art. 44 ff. MStG), soweit sie nicht bereits als Qualifikationsmerkmale für die Anwendbarkeit von Art. 81 Ziff. 2 herangezogen wurden; ferner Umstände, die mit dem konkreten Einzelfall zusammenhängen. In der parlamentarischen Beratung wurde weiter insbesondere darauf bestanden, dass die Arbeitsleistung im Sinne eines Tatbeweises länger dauern soll als der verweigerter Dienst (z. B. Amtl. Bull. NR 1989, 2195 ff.). Insofern erscheint eine Auslegung von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG vorgegeben, wonach sich nach den massgebenden Umständen im Sinne der gesetzlichen Strafzumessungsgründe lediglich bestimmt, wie lange die Arbeitsleistung innerhalb des Regel- und des Höchstmasses - zwischen dem Anderthalbfachen des verweigerten Dienstes und zwei Jahren - dauern soll; wonach jedoch das Regelmass nur unüberschritten werden darf, wenn fallbezogene Umstände vorliegen, die ihrerseits, neben der gerichtlich verhängten Arbeitsleistung, einem Tatbeweis gleichkommen. Die Arbeitsleistung im Sinne von Art. 81 Ziff. 2 MStG muss sich sodann auf den "Täter" als solchen, d.h. ohne Rücksicht auf dessen militärische Stellung, beziehen und bemisst sich im Verhältnis zum gesamten verweigerten Militärdienst. Nur soweit dieser nach Grad und Stellung des Täters variiert, kann sich auch die Dauer des Arbeitsdienstes ändern und individuelle Unterschiede bewirken. Bereits geleisteter Militärdienst wird insofern berücksichtigt, als sich dadurch die Dauer des verweigerten Militärdienstes verkürzt. Es mag zutreffen, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung der Zumessungsregelung nicht in erster Linie an die Dienstverweigerung von Offizieren dachte. Allfällige Härten, die nun der Beschwerdeführer gerade auch unter Berücksichtigung des Übergangs vom alten zum neuen Recht nicht ganz zu Unrecht geltend macht, erscheinen indes, gemessen an den Absichten des Reformgesetzgebers, nicht derart stossend, dass sich die Annahme einer

Gesetzeslücke, die durch richterliche Rechtsfindung zu schliessen wäre, rechtfertigen würde. Für. eine zum 162

vornherein unterschiedliche Behandlung von Soldaten, Unteroffizieren und Offizieren, d.h. unabhängig davon, dass sich der gesamte verweigerte Militärdienst auch durch den erreichten Grad bestimmt, bedürfte es differenzierender Grundsätze, zu deren Formulierung durch den Richter im vorliegenden Fall weder ein hinreichender Anlass besteht, noch verlässliche Kriterien erkennbar sind, nach denen eine solche Unterscheidung aus der Sicht des Gesetzgebers vorzunehmen wäre. 4. Ist demnach Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG auf den Beschwerdeführer anwendbar, so ist davon auszugehen, dass die Dauer der als Sanktion vorgesehenen Arbeitsleistung nicht durch einen Rahmen (innerhalb eines Mindest- und Höchstmasses), sondern durch ein Regelmass mit Höchstgrenze festgelegt ist. Entsprechend sind die gesetzlichen Strafzuniessungsgründe (Art. 44 ff. MStG), die in erster Linie die gesetzlichen Strafraumen konkretisieren, nicht vorbehaltlos anwendbar; Umstände, aufgrund deren einem Täter zugebilligt wurde, dass er den Militärdienst mit seinem Gewissen nicht vereinbaren könne und deshalb nicht mit Gefängnis bestraft werde, lassen sich nicht erneut heranziehen, um die Arbeitsleistung mit einer Dauer des Regelmasses .. die gesetzliche Rechtsfolge eben dieser Umstände - von vornherein zu relativieren. Mit zutreffenden Erwägungen hat die Vorinstanz das Verhältnis zwischen dem üblichen gesetzlichen Strafraumen und dem Regelmass, wie es für die Arbeitsleistung im Sinn von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG vorgesehen ist, gewürdigt (S. 5, Erw. 5). Dass sie in der Folge keine Gründe namhaft machen konnte, um vom Regelmass abzuweichen, lässt sich weder als Rechtsverletzung noch als Ermessensverweigerung beanstanden. 5. Auch eine rechtswidrige Behandlung des Beschwerdeführers als eines Offiziers gegenüber einem Soldaten liegt nicht vor. Zwischen Offizieren und Soldaten bestehen unter dem Gesichtspunkt der Dienstdauer, der Dienstpflicht und der Verantwortung bei deren Erfüllung wesentliche Unterschiede: Ungleichheiten, die sich nach Massgabe ihrer Ungleichheit bei der Rechtsanwendung ungleich auswirken dürfen. Bei der Anwendung von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG hat die Vorinstanz demnach Art. 4 BV nicht dadurch verletzt, dass sie diese Gesetzesbestimmung verfassungswidrig ausgelegt hätte. Einer weitergehenden Beachtung von Art. 4 BV steht Art. 113 Abs. 3 BV entgegen. 6. Die Vorinstanz hat bei der Berechnung des verweigerten Dienstes die Dienstage, die der Beschwerdeführer im Landsturmalter hätte leisten müssen, mitgezählt. Welche Dienste ein Täter verweigert, bestimmt sich nach dem Recht, wie es zur Zeit der Verweigerung galt. Im August 1990, als sich der Beschwerdeführer entschloss, keinen Militärdienst mehr zu leisten (act. 1.3) und im Oktober 1990, als er nicht zum Wiederholungskurs einrückte (act. 1.1), galt die Verordnung vom 10. Dezember 1990 über die Dienstleistungen im Landsturmalter (VDL, SR 512.221) noch nicht. Zutreffend hat die Vorinstanz auf die rechtlich vorgeschriebene Dienstdauer und nicht auf allfällige tatsächlich gewährte Dienstverkürzungen abgestellt. Die hiergegen gerichtete Rüge erweist sich als unbegründet. Missverständlich im vorinstanzlichen Urteil erscheint allerdings der Hinweis auf die „Verhältnisse im Urteilszeitpunkt“; massgebend sind die Verhältnisse zur Zeit der Tat. Deshalb kann offen bleiben, ob Rechtsänderungen, die eine Verkürzung der Dienstzeit bewirken und vor der rechtskräftigen Beurteilung einer Dienstverweigerung in Kraft treten, als milderes Gesetz im Sinn von Art. 8 Abs. 2 MStG zu berücksichtigen wären (abgesehen davon, dass es fraglich erschiene, ob der Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 2 MStG, über den klaren Wortlaut hinaus, auf das

Verwaltungsrecht ausgedehnt werden dürfen). 7. Aus den vorstehenden Erwägung erweist sich die Kassationsbeschwerde als unbegründet und ist daher abzuweisen. (20. März 1992, I. e. MAG 28) 42. Lésions corporel/es par négligence à la suite de mesures de sécurité insuffisantes /ors de l'organisation d'un match de footba/1 (art. 124 CPM) Conditions du délit de lésions corporelles par négligence: atteinte à l'intégrité corporelle, imprévoyance coupable, rapport de causalité naturelle et adéquate (en particulier en cas d'omissions coupables), caractère reconnaissable du danger et possibilité pour l'auteur d'intervenir; en outre négativement: pas de rupture du rapport de causalité naturelle ou adéquate, pas de consentement de la victime. Ces conditions sont réunies lorsque des supérieurs, organisant et laissant se dérouler un match de football sur une plate-forme (toit d'un garage) non munie d'une barrière sur un côté long en surplomb de plusieurs mètres, et qu'un joueur, en tentant de rattraper le ballon propulsé au delà de la plate-forme au cours du match, tombe dans le précipice. Fahr/ässige Körperverletzung durch mangelhafte Sicherheitsvorkehrungen bei der Organisation und Durchführung eines Fussballspiels (Art. 124 MStG) Voraussetzungen der fahrlässigen Körperverletzung: Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, pflichtwidrige Unvorsichtigkeit, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang (insbesondere bei pflichtwidrigen Unterlassungen), Erkennbarkeit der Gefahr und Möglichkeit des Urhebers, ihr entgegenzuwirken; negativ: keine Unterbrechung des natürlichen oder adäquaten Kausalzusammenhangs; keine 164

Einwilligung des Verletzten. Diese Voraussetzungen erfüllen Vorgesetzte, die auf einer nach der Längsseite hin nicht abgeschränkten, mehrere Meter hohen Plattform (Garageüberdachung) ein Fussballspiel organisieren und durchführen, in dessen Verlauf ein Spieler über die Plattform fliegenden Ball zu erhaschen versucht und dabei selber in die Tiefe stürzt. Lesioni colpose causate da insufficienti misure di sicurezza nell'organizzazione ed esecuzione di una partita di calcio (art. 124 CPM) Premesse delle lesioni colpose: pregiudizio dell'integrità corporea, imprudenza contraria ai doveri, nesso causale naturale e adeguato (in particolare nei casi di omissioni contrarie ai doveri), riconoscibilità del pericolo e delle possibilità dell'autore di opporvisi; negativamente: nessuna interruzione del nesso causale naturale od adeguato, nessuna approvazione da parte della vittima. Queste premesse sono adempite da superiori che organizzano e fanno effettuare una partita di calcio su una piattaforma (tettoia di un garage) alta diversi metri e che sul lato più lungo non è sbarrata, per cui durante la partita un giocatore, nel tentativo di prendere il pallone, cade nel vuoto. Résumé des faits: A. Par jugement du 24 mai 1991, le Tribunal militaire d'appel I B, statuant sur appel de l'auditeur et du Lt B., a reconnu les quatre accusés coupables de lésions corporelles par négligence (article 124, alinéa 1 CPM) et a prononcé les condamnations suivantes: le Lt B. à 10 jours d'arrêts répressifs, avec sursis pendant 2 ans, le Lt F. à une amende de Fr. 500.--, avec délai d'épreuve et de radiation de 2 ans, le cpl G. à une amende de Fr. 300.--, avec délai d'épreuve et de radiation de 2 ans, et le cpl S. à une amende de Fr. 500.--, avec délai d'épreuve et de radiation de 2 ans. Les frais de première instance ont été répartis à raison de Fr. 510.- par condamné, alors que les frais d'appel ont été mis à raison des trois quarts à la charge de la Confédération, le solde, à savoir Fr. 150.--, devant être supporté par le Lt B. B. Les faits de la cause peuvent être résumés ainsi: Depuis le 17 juillet 1989, J.-M. B., qui payait ses galons de lieutenant, E. F., Y. G. et E. S., qui payaient leurs galons de caporal, servaient à l'ER inf mont 210, cp I. Cette compagnie, commandée par le pl H., était stationnée aux Crosets-Val-d'Illiez. Derrière ses cantonnements se trouvait une plate-forme herbeuse recouvrant sept garages. Durant l'ER inf mont 210/89, la plate-forme servait de 165

place d'appel et pour les besoins du service intérieur, du service de parc et de l'instruction. L'école de section était également effectuée à cet endroit. - A l'extrémité de la plate-forme et au-dessus des portes des garages étaient installés seize mâts métalliques supportant un filet, ainsi qu'une cordelette de balisage fixée à chaque mât, d'une extrémité du terrain à l'autre, qui étaient censés, une fois tendus, empêcher les skieurs de tomber dans le vide devant les portes de garage. L'extrémité inférieure du filet se trouvait à une hauteur d'un mètre au-dessus de la porte du toit du garage. Lors de l'ER inf mont 21 0/89; ce filet était détendu. De surcroît, il n'était attaché aux mâts que dans sa partie supérieure. Enfin, la cordelette de balisage n'était pas fixée aux mâts. Le Lt B. spécifia à cet égard que le filet "ne remplissait aucune fonction de protection". Le samedi matin 9 septembre 1989, les sections, sous la responsabilité de leur chef, devaient effectuer dès 0730 des tests sportifs. Une fois ces tests accomplis, il appartenait aux chefs de section de "meubler le temps" jusqu'à 1030. L'accent devant être donné à la pratique du sport. Les chefs de section avaient toute latitude pour décider ce qu'ils voulaient faire comme sport et choisir l'emplacement. La section commandée par le Lt B. effectua les tests prévus et, comme il restait du temps avant le rétablissement, le Lt B. décida d'organiser un match de football, qui débuta à côté du parking couvert des Crosets. Comme les recrues se tordaient les chevilles sur ce terrain, le Lt B. décida de marcher vers les cantonnements et de poursuivre le match de football sur la plate-forme, accompagnée jusque là par une autre section. Sous la conduite des soins, la section B. se rendit sur cette plate-forme pour y poursuivre le match. Parce qu'il avait d'autres travaux à faire, le Lt B. quitta la section en cours de route et ne se rendit dès lors pas sur la plate-forme. Le match de football reprit donc sur la plate-forme; les buts furent placés respectivement côté route et côté talus, la longueur du terrain étant parallèle à la chute des garages. Aucune disposition particulière de sécurité ne fut prise par les soins. Les recrues surnuméraires, qui ne pouvaient participer au match, se placèrent spontanément près du filet, pour empêcher que le ballon ne tombât devant les garages, ce qui était arrivé quelquefois. Le cpl F., devenu Lt dans l'intervalle, et le cpl S. organisèrent le jeu dès qu'ils furent sur la plate-forme recouvrant le garage, alors que le cpl G. ne s'y rendit que plus tard, retardé par l'exécution d'une autre tâche. Ainsi, il ne participa pas à l'organisation initiale du match, mais le supervisa par la suite avec ses deux camarades. A un moment donné, le gardien M. dégagna le ballon sur le côté gauche et la recrue Z., qui se trouvait à quelques mètres de la porte, voulut l'intercepter pour le replacer dans le jeu. Ce faisant, il s'élança, fut déséquilibré et, 166

après avoir tenté en vain de s'accrocher au filet, bascula dans le vide pour tomber devant l'un des garages. Selon les déclarations concordantes des témoins et des prévenus, Z. n'était pas un casse-cou, ni un casseur; il n'était ni téméraire, ni intrépide, mais il s'engageait à fond dans ce qu'il faisait. Z. subit notamment un traumatisme cranio-cérébral ayant entraîné un coma et un syndrome psycho-organique post-traumatique. Il fut hospitalisé à Monthey du 9 au 19 septembre 1989, puis durant dix jours à Sion. Il fit alors une fugue et, vu son état, fut transféré à l'hôpital psychiatrique de Malévoz, où il séjourna du 29 septembre au 19 janvier 1990. En automne 1990, Z. entreprit des études d'architecture à l'EPFL, à Lausanne. A fin octobre 1990, il présentait une décompensation psychotique maniforme, analogue à la décompensation ayant motivé l'hospitalisation psychiatrique de septembre 1989. Le 9 janvier 1991, Z., alors hospitalisé à Malévoz, se suicida en se jetant sous le train en gare de Monthey. Avant le 9 septembre 1989, la section B. n'avait pas pratiqué le football sur la plate-forme. Il est en revanche établi que lors des précédentes ER sur les mêmes lieux, des matchs de football avaient été organisés à cet endroit. Ainsi, les cpl G. et S. avaient joué à plusieurs reprises sur la plate-forme, respectivement durant les ER 1987 et

1988. C. Par jugement du 8 novembre 1990, le Tribunal militaire 1 OA a libéré le Lt F. et les cpJ G. et S. de l'accusation de lésions corporelles par négligence. Admettant le cas de peu de gravité, il a également libéré pénalement le Lt B. de l'accusation de lésions corporelles par négligence, mais l'a puni disciplinairement de quinze jours d'arrêts de rigueur, en application de l'article 124, chiffre 1, alinéa 2 CPM. Statuant sur l'appel de l'auditeur et du Lt B., le Tribunal militaire d'appel 1 B a rendu le jugement visé sous A ci-dessus en date du mai 1991. D. Par déclarations des 24 et 27 mai 1991, les accusés se sont pourvus en cassation. Chacun d'entre eux a déposé un mémoire motivant son pourvoi. En bref, ils soutiennent qu'on ne peut leur reprocher une imprévoyance coupable et que, subsidiairement, le comportement de la victime a rompu le lien de causalité. L'auditeur conclut au rejet des pourvois. 167

Considérant: 1. Les pourvois en cassation ont été formés et motivés en temps utile et dans les formes légales. La voie de la cassation est ouverte contre un jugement rendu par un Tribunal militaire d'appel et les accusés ont qualité pour former un tel pourvoi. Les pourvois sont donc recevables en la forme. Les recourants invoquent une violation de la loi pénale (article 185, alinéa 1, lettre d) PPM). Des lors, dans le cadre des motifs invoqués, le Tribunal militaire de cassation n'est pas lié par les moyens soulevés dans les pourvois. Saisi d'un pourvoi pour violation de la loi, le Tribunal militaire de cassation, qui n'est pas une juridiction d'appel, n'a en principe pas à revoir l'appréciation des preuves et l'établissement des faits - d'ailleurs non contestés - qui en résultent. Les problèmes juridiques soulevés - imprévoyance coupable et rupture du lien de causalité - seront donc examinés sur la base des faits constatés dans la décision entreprise. Cependant, dans la mesure où ils concluent à l'acquittement, les pourvois sont irrecevables. Le pourvoi en cassation ne peut en effet tendre qu'à l'annulation du jugement attaqué (article 190 PPM). 2. Selon l'article 124, chiffre 1; alinéa 1 du CPM, celui qui, par négligence, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. La poursuite a toujours lieu d'office selon le droit militaire, alors que, selon l'article 125 CP, au surplus semblable à l'article 124, chiffre 1, alinéa 1 CPM, seule la lésion grave entraîne d'office la poursuite. Par ailleurs, en droit militaire, l'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité (article 124, chiffre 1, alinéa 2 CPM). Outre l'atteinte à l'intégrité corporelle, il faut qu'il y ait eu négligence. L'article 15, alinéa 3 CPM précise que l'infraction par négligence est commise par celui qui, par une imprévoyance coupable, agit sans se rendre compte ou sans tenir compte des conséquences de son acte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur de l'acte n'a pas usé des précautions commandées objectivement par les circonstances et subjectivement par sa situation personnelle. Pour son appréciation des circonstances objectives et des précautions qui en découlent, le juge doit notamment examiner si les lésions sont survenues dans le cadre d'une "activité à risque" et si des dispositions spéciales prescrivaient un comportement déterminé. Sur le plan subjectif, il faut que le danger et la possibilité d'intervention aient été reconnaissables pour l'auteur de l'acte incriminé (ATF 116 IV 185, consid. 4 b). Les lésions corporelles par négligence peuvent être commises par omission si l'auteur avait l'obligation d'agir pour éviter que certaines conséquences fâcheuses ne se 168