

MKGE 13 Nr. 17

Mkg, 2009-12-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_13_Nr_17

FR: ATMC 13 n° 17

IT: STMC 13 n. 17

Erwägungen

E. 1

L'auditeur en chef est légitimé à se pourvoir en cassation contre un jugement rendu par un tribunal militaire d'appel lorsque l'auditeur ne s'est pas pourvu (art. 184 al. 1 lit. a et 186 al. 1 PPM). En ce qui le concerne, le délai de cinq jours pour se pourvoir en cassation commence à courir à partir de la communication écrite du jugement (art. 186 al. 3 PPM). En l'espèce, l'acte de recours a été déposé en temps utile et les griefs soulevés par l'auditeur en chef constituent des motifs de cassation au sens de l'art. 185 al. 1 PPM. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 2

a) Le recourant dénonce en premier lieu une violation de la loi pénale, en faisant valoir que l'erreur sur l'illicéité en relation avec l'infraction de service militaire étranger a été admise à tort par le Tribunal d'appel. Il considère que l'application par ce tribunal de l'art. 19 CPM n'a pas été suffisamment motivée et repose en l'espèce sur des constatations de fait en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves, ce qui entacherait le jugement d'arbitraire.

Il n'est pas contesté en l'espèce que l'accusé, en accomplissant du 2 au 23 juillet 2007 son service militaire de base au sein de l'armée turque et en s'acquittant du solde de jours à accomplir en devises étrangères, a réalisé tant les conditions

4/8 objectives que subjectives de l'infraction réprimée à l'art. 94 al. 1 CPM. En effet, cette disposition punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire tout Suisse qui, sans l'autorisation du Conseil fédéral, aura pris du service dans une armée étrangère. L'art. 94 al. 2 CPM dispose cependant que le Suisse qui est établi dans un autre Etat, dont il possède aussi la nationalité, et y accomplit un service militaire n'est pas punissable.

Or, G. O. était au moment des faits domicilié dans le canton de Genève, et non pas en Turquie; il ne peut dès lors se prévaloir de l'exception à la punissabilité prévue par l'art. 94 al. 2 CPM. Il ne peut pas davantage se prévaloir d'une convention internationale qui permettrait au double national de choisir d'effectuer son service militaire dans le pays de sa seconde nationalité, comme c'est parfois le cas (voir : PETER POPP : Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, St-Gall 1992, ch. 13 ad art. 94 CPM). En effet, la Suisse et la Turquie n'ont en l'état conclu aucune convention bilatérale à ce sujet, même si le Conseil fédéral a déclaré vouloir entamer des négociations avec cet Etat dans sa réponse du 12 septembre 2007 à la motion déposée le 22 juin 2007 par le Conseiller national Mario Fehr (objet parlementaire 07.3529).

b) Dans ce contexte, le Tribunal militaire d'appel 1 a considéré que la culpabilité de G. O. faisait défaut puisqu'il n'avait pas conscience du caractère illicite de son acte au sens de l'art. 19 CPM. Selon cette disposition, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable. Cette disposition du Code pénal militaire a la même teneur que l'art. 21 CP. Il est admis que l'art. 19 CPM et l'art. 21 CP, entrés tous deux en vigueur le 1er janvier 2007, codifient la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien droit et n'introduisent aucune modification essentielle (arrêt du Tribunal fédéral 6B_393/2008 du 8 novembre 2008, cons. 2.3). Ainsi, la jurisprudence rendue à propos des anciens art. 20 CP et 17 CPM (erreur de droit) est en principe toujours pertinente.

Pour qu'il y ait erreur sur l'illicéité, il faut que l'auteur ait agi alors qu'il se croyait en droit de le faire, question qui relève de l'établissement des faits (arrêt du Tribunal fédéral 6B_395/2009 du 20 octobre 2009, cons. 5.1). Ainsi, comme le précise le Message du 21 septembre 1998 (FF 1999 1814), lorsque même un homme réfléchi et avisé ne pouvait éviter l'erreur, l'auteur ne commet pas de faute et ne saurait en conséquence être puni. Il en va différemment en revanche lorsque l'erreur était évitable. Tel est notamment le cas lorsque l'auteur avait ou aurait dû avoir des doutes quant à la licéité de son comportement (ATF 129 IV 6, cons. 4.1), ou lorsqu'il sait qu'une réglementation légale existe mais qu'il ne s'est pas suffisamment renseigné. En effet, si l'auteur a des doutes quant à la licéité d'un comportement, il est en principe tenu de se renseigner auprès des autorités compétentes (ATF 129 IV 6, cons. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B_395/2009 du 20 octobre 2009, cons. 5.1). Selon la doctrine, lorsque l'auteur n'avait aucune raison d'examiner la conformité de son comportement avec l'ordre juridique, il n'est en principe pas tenu de se renseigner. En effet, le citoyen ne peut par principe être tenu d'examiner dans chacune des situations de sa vie la licéité de chacun de ses actes (VANESSA THALMANN : Commentaire romand, Code pénal I, ch. 19 ad art. 21 CP). L'art. 21 CP n'exige ainsi pas une erreur absolument inévitable, c'est-à-dire dont aucune personne se trouvant à la place de l'auteur n'aurait pu se rendre compte (JOSE HURTADO POZO : Droit pénal, partie générale, Zurich 2008, ch. 938).

5/8

c) L'auditeur en chef considère que le Tribunal d'appel a retenu de manière arbitraire que G. O. se croyait en droit, au regard de la loi suisse, d'accomplir un service militaire à l'étranger, en l'occurrence en Turquie, pays dont il a également la nationalité. Le recourant estime en substance que l'argument de l'erreur sur l'illicéité a été invoqué après coup par l'accusé, qui ne se serait pas véritablement fondé sur le traitement accordé à C. O. pour décider d'accomplir son service militaire en Turquie.

Comme l'auditeur en chef le relève lui-même, il résulte du procès-verbal d'audition du 6 novembre 2007 que l'intimé pensait pouvoir choisir le pays dans lequel il devait effectuer son service militaire. Le même procès-verbal relève encore que G. O. avait constaté que tout s'était bien passé pour son frère, qui avait agi de façon analogue, et qu'il pensait alors qu'il en irait de même pour lui. Il a précisé encore qu'il n'aurait pas imaginé pouvoir être convoqué devant un juge militaire en raison de son choix. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le recourant, il est tout à fait soutenable de déduire de la lettre adressée le 2 juillet 2007 par l'intimé à l'administration militaire qu'il considérait effectivement que la loi suisse l'autorisait à accomplir son service militaire en Turquie. Dans le cas contraire, on voit mal pour quelle raison il aurait à l'avance informé les autorités helvétiques qu'il

s'apprêtait à commettre une infraction. Dans ces conditions, il n'était certainement pas arbitraire de la part du Tribunal d'appel de considérer que, au moment d'accomplir son service militaire en Turquie, l'intimé se croyait en droit d'agir de la sorte. Force est dès lors de constater que sur ces éléments de fait, le jugement attaqué ne présente aucune contradiction avec le résultat de l'administration des preuves, si bien que le grief d'arbitraire fondé sur l'art. 185 al. 1 lit. f PPM doit être rejeté.

d) L'auditeur en chef considère par ailleurs que le Tribunal d'appel a violé la loi pénale en retenant que l'erreur sur l'illicéité de l'intimé n'était pas évitable; il estime en outre que la décision attaquée n'est à cet égard pas suffisamment motivée. A l'appui de cet argument, le recourant fait notamment valoir que la situation du frère de l'intimé était juridiquement foncièrement différente, dans ce sens où il était déjà domicilié en Turquie au moment où il a accompli ses obligations militaires dans ce pays. Dès lors, il était justifié de la part de l'autorité militaire compétente de mettre à l'époque C. O. au bénéfice de l'art.94 al. 2 CPM et de l'affecter aux doubles nationaux non incorporés. En se référant à la situation de son frère, l'intimé tenterait en vain selon l'auditeur en chef d'être mis au bénéfice du principe d'égalité dans l'illégalité. Par ailleurs, le recourant considère que l'intimé ne s'est pas suffisamment renseigné sur son droit d'accomplir du service militaire à l'étranger et qu'il aurait dû savoir que cela est illicite aux yeux du droit suisse, puisque la problématique du service militaire des doubles nationaux suisses et turcs est notoire tant sur le plan politique que dans la communauté turque.

La Cour de cassation ne saurait suivre le recourant sur ce dernier argument. Il est vrai que le Conseiller national Fehr, dans sa motion déposée en juin 2007, qualifie la situation juridique des doubles nationaux suisses et turcs établis en Suisse d'inextricable, car ces personnes ne pourraient pas, en l'état, agir en conformité avec les lois des deux pays. Ce n'est toutefois pas parce qu'un parlementaire a posé officiellement la question au gouvernement que cette situation devient notoire. Le recourant ne soutient pas à cet égard que la presse aurait relayé dans

6/8 les détails et à plusieurs reprises l'intervention du parlementaire zurichois précité. Par ailleurs, l'intimé n'est pas de par sa profession ou de par ses autres engagements sociaux un spécialiste de ces questions juridiques ou politiques. Rien n'indique en outre que ce citoyen suisse, né, élevé et domicilié dans le canton de Genève, fréquenterait d'une façon ou d'une autre la «communauté turque» de notre pays. Cela est d'autant moins évident que l'intimé n'est turc que par son père, sa famille maternelle étant d'origine suisse.

On ne saurait en outre reprocher à l'intimé d'avoir renoncé à se renseigner formellement auprès de l'autorité compétente sur les conséquences de l'accomplissement du service militaire en Turquie. Il a en effet pu compter sur l'expérience de son frère, qui avait fait une démarche analogue quelques années plus tôt sans que les autorités n'ouvrent d'enquête pénale. A cet égard, peu importe que cette expérience datait déjà de dix ans au moment des faits. Certes, l'intimé aurait pu imaginer que la loi suisse ait pu changer entre-temps. Compte tenu cependant de l'évolution relativement libérale de la législation militaire au cours de ces dernières années, et de la signature par la Confédération de deux nouvelles conventions bilatérales à ce sujet (avec l'Autriche et l'Italie), on ne saurait admettre qu'un homme consciencieux aurait dû doubler de précaution et d'attention avant de considérer que la solution retenue dix ans plus tôt par les autorités suisses en faveur de son frère C. lui était également applicable. Rien dans l'évolution récente de la législation militaire n'aurait en effet dû amener l'intimé à considérer que celle-ci était devenue plus restrictive en matière

de service militaire des doubles nationaux. En outre, il n'existe pas dans le dossier d'éléments qui permettraient de retenir, comme le soutient l'auditeur en chef, que C. O. a effectivement résidé plusieurs mois en Turquie avant d'y accomplir son service militaire.

Outre l'expérience du frère de l'intimé, la lettre que ce dernier a adressée le 2 juin 2007 à l'Etat-major de conduite de l'armée constitue à l'évidence un élément déterminant pour examiner si, dans sa situation, l'intimé avait ou non l'obligation de se renseigner formellement auprès des autorités compétentes quant à son droit d'accomplir du service militaire à l'étranger. Tout d'abord, on peut douter qu'au vu de la situation de son frère C., l'intimé aurait dû véritablement avoir des doutes quant à la licéité de son comportement. On ne saurait donc retenir en l'espèce une obligation absolue de se renseigner formellement. Surtout, dans la mesure où son courrier du 2 juin 2007 exposait clairement son attention d'accomplir un service militaire à l'étranger, l'intimé était en droit d'attendre une réaction officielle de l'administration attirant son attention sur le caractère illicite de son projet. Ainsi, même si la correspondance précitée ne constitue effectivement pas à proprement parler une demande de renseignement, force est de constater que l'intimé n'est pas resté totalement inactif vis-à-vis de l'administration militaire, qu'il a tenu informée de ses intentions.

On relèvera encore que l'idée de l'intimé selon laquelle il pouvait choisir librement le pays dans lequel accomplir son service militaire n'apparaît pas d'emblée inconcevable. En effet, le droit fédéral, à l'art. 5 al. 1 LAAM, exclut pour le double national la possibilité d'effectuer du service militaire en Suisse après l'accomplissement d'obligations militaires dans l'autre pays. Il se présente donc, pour le double national, une alternative dans ce sens où il peut effectuer son service à l'étranger pour ne pas être astreint au service en Suisse. S'il est établi dans cet autre Etat, le service militaire accompli à l'étranger n'est pas punissable, en application de l'article 94 alinéa 2 CPM. Ce régime n'est pas équivalent à une liberté totale qui permettrait au double national domicilié en Suisse d'accomplir librement son service militaire à l'étranger. Cette idée peut cependant être éventuellement accréditée par le régime de certaines conventions internationales telles que celles conclues par la Confédération avec la France (RS 0.141.134.92 et 141.134.921) ou avec l'Autriche (RS 0.141.116.3), qui accordent effectivement un libre choix au double national. Dans ces circonstances, le double national turco-suisse qui croit disposer d'un libre droit d'option entre le service militaire en Suisse et le service militaire en Turquie commet une erreur qui n'apparaît pas d'emblée comme évitable. Cette erreur était d'autant moins évitable en l'espèce que l'intimé a été influencé par l'expérience de son frère et que l'autorité administrative n'a pas réagi à sa lettre du 2 juin 2007. En conséquence, le Tribunal d'appel a fait correctement application de l'art. 19 CPM en relation avec l'art. 94 al. 1 CPM et le grief de violation de la loi pénale soulevé par le recourant doit être rejeté. Il en va de même du grief relatif à la motivation de la décision attaquée. En effet, même si le jugement du Tribunal militaire d'appel est relativement succinct sur la question litigieuse, il mentionne néanmoins les éléments essentiels qui ont amené le Tribunal à faire application de l'art. 19 CPM.

E. 3

L'auditeur en chef reproche encore au Tribunal d'appel de ne pas s'être prononcé sur l'accusation d'insoumission (art. 82 CPM), respectivement d'avoir implicitement considéré que l'erreur sur l'illicéité du service militaire en Turquie impliquait également

une erreur sur l'illicéité du refus d'entrer en service en Suisse.

Le raisonnement du recourant peut être suivi sur ce point dans ce sens où il appartenait effectivement au Tribunal d'appel d'examiner expressément si les éléments constitutifs, objectifs et subjectifs, de l'art. 82 CPM, ou éventuellement de l'art. 83 CPM étaient réunis en l'espèce. La question d'une éventuelle erreur sur l'illicéité à propos de cette infraction est une question trop importante pour être traitée de manière implicite. Même s'il existe peut-être des éléments qui permettraient d'estimer que l'erreur commise par l'intimé à propos du service militaire à l'étranger impliquait également une erreur sur le refus d'entrer en service en Suisse, cela constitue une question de fait distincte qu'il convient d'instruire séparément. On ne peut en outre sans autre considérer que si l'erreur relative au service militaire étranger n'était pas évitable en l'espèce, l'éventuelle erreur concernant l'insoumission ne l'était nécessairement pas non plus. Une appréciation différenciée à propos de chacune de ces deux erreurs est en soi tout à fait envisageable et les deux questions devaient dès lors être traitées séparément.

Pour cette raison, dans la mesure où le jugement attaqué exclut d'emblée l'application de l'art. 82 CPM ou de l'art. 83 CPM, sans examen ni des éléments constitutifs ni de la punissabilité, il viole la loi pénale au sens de l'art. 185 al. 1 lit. d PPM. Ce motif de cassation est fondé et le pourvoi doit être admis sur ce point.

En conséquence, le jugement rendu par le Tribunal militaire d'appel 1 le 13 mars 2009 est annulé conformément à l'art. 190 PPM et la cause est renvoyée au Tribunal d'appel 1 pour nouveau jugement, étant précisé que seul le chef d'accusation d'insoumission (art. 82 CPM), subsidiairement d'insoumission par négligence (art. 83 CPM), ne pourra être examiné vu le considérant précédent concernant l'accusation de service militaire étranger au sens de l'art. 94 CPM. En effet, dans le cadre de sa nouvelle décision, le Tribunal d'appel sera lié par

8/8 les considérants du présent jugement (ANDRÉ JOMINI : Commentaire de la Procédure pénale militaire, Zurich 2008, ch. 8 ad art. 190-192 PPM).

E. 4

Les frais de la procédure de recours seront mis à la charge de l'intimé, qui succombe, conformément aux art. 183 al. 1 et 193 PPM. Cependant, pour tenir compte du fait qu'il a été donné raison à l'intimé sur l'un des griefs soulevés par le recourant, les frais en question seront ramenés à 500 francs.

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