

## MKGE 8 Nr. 45

Mkg, 1969-11-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg\\_MKGE\\_8\\_Nr\\_45](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_8_Nr_45)

FR: ATMC 8 n° 45

IT: STMC 8 n. 45

### Erwägungen

#### E. 32

Verfahren gegen Abwesende, Wiedereinsetzung (Art.167 MStGO). Auf ein gestelltes Wiedereinsetzungsbegehren kann nachträglich ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten verzichtet werden. Der V erzicht ist endgültig (Erw. 2 b). Wer sich dem durch das Wiedereinsetzungsgesuch anhegehrt V erfahren und insbesondere der vorauszusehenden neuen Hauptverhandlung durch Abreise ins Ausland ohne Adressangabe und ohne Urlaubsgewährung entzieht, verzichtet durch diese Handlungsweise endgültig auf den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung (Erw. 2c). Procédure contre les absents, relief ( art. 167 OJPPM). Le condamné peut retirer sa demande de relief soit expressément, soit par actes conclusifs. Le retrait est définitif ( cons. 2 b). Celui qui se soustrait à la procédure dont il a requis l'ouverture par sa demande de relief et, en particulier, à la nouvelle instruction principale qu'il devait prévoir, en partant pour l'étranger sans indiquer son adresse et sans être au bénéfice d'un congé, renonce, en agissant ainsi, d'une manière définitive à la voie du relief ( cons. 2 e). Procedura contumaciale, revoca (art. 167 OGPPM). Si può rinunciare successivamente a una domanda di revoca sia esplicitamente sia per agire concludente. La rinuncia è definitiva ( cons. 2b ). Chi si sottrae al procedimento chiesto con la domanda di revoca e specialmente al dibattimento che

Nr. 32 64 doveva aspettarsi, espatriando senza indicare il suo indirizzo e senza aver ottenuto un congedo, rinuncia con il suo comportamento in modo definitivo al rimedio della revoca ( cons. 2 e). Das Divisionsgericht hat gefunden, das Recht auf Wiedereinsetzung sei dem Beschwerdeführer in dem am 25. April 1967 wiederaufgenommenen V erfahren in vollem Umfang gewährt worden. Die Reize in das Ausland, durch die er sich dem weiteren V erfahren erneut entzogen habe, könne nicht anders denn als V erzicht auf die Durchführung des ordentlichen Verfahrens und als Anerkennung des Urteils vom 19. April 1967 gewertet werden. Dieses Urteil sei damit formell und materiell rechtskräftig geworden und könne nicht mehr aufgehoben werden. Nach allgemeinem anerkanntem Grundsatz könne ein Rechtsmittel nur einmal eingelegt werden. Für die ordentlichen Rechtsmittel folge dies aus den Bestimmungen über die Rechtskraft von Urteilen (Art. 205 MStGO). Es bestehe kein Grund, bei ausserordentlichen Rechtsmitteln von diesem Grundsatz abzuweichen. Art. 167 MStGO könne nur die Meinung haben, dass der V erurteilte für die ganze Dauer des Verfahrens bis zur Hauptverhandlung zur Verfügung des Gerichts zu stehen habe und dass er, wenn er sich diesem V erfahren entziehe, das Recht auf Wiedereinsetzung endgültig verwerke. Der Beschwerdeführer macht geltend, dieser Entscheidung widerspreche Art. 167 MStGO; er beruft sich auf die I (assationsgründe der Ziffern 1 und 5 des Art. 188 MStGO. Aus den Erwägungen: 2. - o. o b) Die Wiedereinsetzung setzt nach Art. 167 MStGO voraus, dass der in Abwesenheit V erurteilte sich stellt oder ergriffen wird und die Aufhebung des Urteils verlangt. Das Begehren ist nicht an eine Frist oder an eine

bestimmte Form gebunden und kann bis zum Eintritt der Vollstreckungsverjährung gestellt werden (MIG 6 Nr. 72). Auf ein solches Begehren kann, wenn es einmal gestellt worden ist, nachträglich entweder ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten verzichtet werden. Ein Verhalten, das endgültig ist, wie das Divisionsgericht in Übereinstimmung mit Haefliger (Kommentar zur MStGO, N. 12 zu Art. 167) richtig ausführt. Zu prüfen ist, ob der im Abwesenheitsverfahren Verurteilte auf das Wiedereinsetzungsbegehren verzichten wollte bzw. verzichtet hat. e) Ein ausdrückliches Verhalten liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Das Verhalten des Beschwerdeführers lässt aber Rückschlüsse auf seinen Willen hinsichtlich des Schicksals seines Wiedereinsetzungsbegehrens zu: Entgegen einem dem Untersuchungsrichter abgegebenen Versprechen hat der Beschwerdeführer dem Divisionsgericht seine Adresse nicht gemeldet, obschon er wusste, dass die ergänzende Untersuchung abgeschlossen-

65 Nr. 32, 33 sein worden war; er hat sich ohne militärische Abmeldung und ohne Urlaub ins Ausland begeben. Wenn er unter solchen Umständen und ohne Not sich dem von ihm verlangten Verfahren und insbesondere der vorauszu- sehenden Hauptverhandlung entzieht, verzichtet durch diese Handlungs- weise auf den Rechtsbefehl der Wiederaufnahme des Verfahrens und zieht ein gestelltes Begehren endgültig zurück (Haefliger, Komm. zur MStGO, N. 11 zu Art. 167). Die Verfügung des Grossrichters vom 5. September 1967, das ordentliche Verfahren werde nicht durchgeführt und es bleibe beim Urteil vom 19. April 1967, entspricht dieser Rechtslage. 3. - ... (4. November 1968, E. e. DG 6)

### E. 33

Provocation à la violation des devoirs militaires ( art. 98, eh. I CPM). Notion de la publicité de l'acte. Une recrue qui dépose sur les lits de ses camarades de section un tract qui incite à la résistance aux ordres des supérieurs se rend coupable de provocation à la violation des devoirs militaires ( cons. 2). Menées contre la discipline militaire (art. 99 CPM). Un groupement peut n'être composé que de deux individus ( cons. 3). Aufforderung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten ( Art. 98 Ziff. I MStG). Begriff der Öffentlichkeit der Tat. Ein Rekrut, der auf die Betten der Kameraden seines Zuges ein Flugblatt legt, das zum Widerstand gegen die Befehle der Vorgesetzten auffordert, macht sich der Aufforderung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten schuldig (Erw. 2). Untergrahung der militärischen Disziplin (Art. 99 MStG). Zwei Personen genügen, um eine Vereinigung zu gründen (Erw. 3). Provocazione alla violazione degli obblighi militari ( art. 98 cif. I CPM). Concetto di pubblicità dell'atto. Una recluta che depone sui letti dei camerati della sezione un volantino che provoca alla resistenza agli ordini dei superiori si rende colpevole di provocazione alla violazione degli obblighi militari ( cons. 2). Mene contro la disciplina militare ( art. 99 CPM). Due persone bastano per costituire un gruppo ( cons. 3). Extrait des faits: Pendant le petit déjeuner, deux recrues ont déposé, sur les lits de leurs camarades de section, des tracts signés «un groupe révolutionnaire de recrues sanitaires de la 1<sup>re</sup> P I ( Savatan) » et concluant en ces termes: «Camarades recrues! Nous ne devons pas nous laisser faire ... Réagissons contre le pouvoir absolu des officiers, réagissons contre les casernes et toutes les écoles de recrues, sorte de camp d'internement. Enfin, n'oublions pas que les armes qui nous sont remises pourront un jour servir à renverser le sale régime actuel, régime basé sur l'exploitation du peuple par une minorité de privilégiés. Pour l'instant, nous devons manifester la plus grande

Nr. 33 66 opposition possible aux ordres imbéciles et parfois inhumains des supérieurs; nous devons nous organiser en un «Comité d'action » qui défendra d'une manière

efficace nos intérêts, notre dignité et notre liberté d'agir et de penser. >> Extrait des motifs: 1. - ... 2. - La première infraction retenue par le jugement attaqué est celle que réprime l'article 98, chiffre 1 du CPM, en vertu duquel sera puni de l'emprisonnement, aux termes du premier alinéa, celui qui aura publiquement provoqué à la désobéissance à un ordre militaire, à une violation des devoirs de service, au refus de servir ou à la désertion, et, aux termes du second alinéa, celui qui aura incité une personne astreinte au service à commettre une de ces infractions. Il convient d'examiner si c'est à juste titre que les premiers juges ont tenu ce délit pour réalisé. a) Les recourants se bornent à contester que les tracts incriminés aient appelé à l'insubordination. Selon leur interprétation, la phrase « nous devons manifester la plus grande opposition possible aux ordres imbéciles et parfois inhumains des supérieurs » ne constitue pas une provocation à la désobéissance, mais uniquement l'expression de leur désir de réformer l'armée dans la mesure du possible, c'est-à-dire dans les limites de la légalité; la diffusion de ces tracts serait ainsi le fait d'idéalistes désireux d'introduire « une contestation vivifiante » au sein de l'armée dans l'intérêt de celle-ci. Cette thèse ne résiste pas à l'examen; elle est en contradiction flagrante avec le ton dans lequel l'ensemble du document est rédigé: les attaques violentes et tendancieuses précédant la phrase analysée, qui sont dirigées contre l'armée et ses cadres, indiquent clairement que ces tracts sont destinés à saper la confiance de la troupe en ses chefs et par là-même la discipline. Quant aux derniers alinéas du tract, ils sont un appel direct et non ambigu à la résistance aux ordres, active ou passive. La provocation à la violation des devoirs militaires, au sens de l'article 98, chiffre 1, 1er alinéa du CPM, est dès lors réalisée, si bien que ce moyen, tiré du contenu des tracts, doit être rejeté. b) Reste à examiner la question de savoir si les recourants ont agi publiquement; elle doit être tranchée d'office, puisque les recourants invoquent d'une manière générale la violation de l'article 98, chiffre 1 du CPNI (Haefliger, p. 232, ad art. 188, no 8 et p. 242, ad art. 192, no 2). La publicité de l'acte est l'un des éléments constitutifs de plusieurs autres infractions, notamment de la violation de secrets intéressant la défense nationale (art. 86 CPM), des injures à un militaire (art. 101 CPM), de l'outrage public à la pudeur (art. 159 CPM et art. 203 CPS) et des publications obscènes (art. 204 CPS). Or, quand le législateur emploie la

67 Nr. 33 même expression à plusieurs endroits, il n'est pas loisible de l'interpréter diversément (ATMC 3., no 114; 8., no 12., cons. IIIj3., litt. b). Il convient de s'en tenir à la définition que la doctrine et la jurisprudence donnent avec constance à la notion de publicité, qui est celle d'ailleurs que la Cour de cassation énonçait en 1942 déjà dans le cadre de l'article 98 du CPM (ATMC 4., no 69., cons. E): un acte est commis en public lorsqu'il est en des circonstances, de lieu notamment, telles qu'il pourrait être perçu par un tiers survenant à l'improviste. Un cas d'application de l'article 101 du CPM a fourni l'occasion de préciser que le nombre des témoins est sans pertinence: il n'est même pas essentiel qu'il y en ait eu (ATMC 4., no 17, cons. B). Pour dénier en l'espèce la présence de l'élément de publicité, on pourrait soutenir que les circonstances de lieu dans lesquelles les tracts ont été diffusés rendaient invraisemblable que ceux-ci parvinssent à la connaissance de tiers. Un dortoir de forteresse n'étant point ouvert à quiconque, ce qui s'y passe le serait toujours au sein d'une société fermée. Le Tribunal de cassation ne se rallie pas cette opinion. La suivre équivaut à admettre implicitement que les recrues sanitaires et leurs supérieurs, ainsi que les autres militaires ayant éventuellement accès aux cantonnements en cause, ne pourraient jamais être considérés comme des tiers. Or, la jurisprudence n'exige nullement, pour admettre qu'un auteur a agi publiquement, que le lieu de commission soit accessible à tout le monde: qu'il soit à un nombre indéterminé de

personnes suffit. L'exclusion du public., au sens courant, n'emporte pas celle de la publicité., au sens légal. Le Tribunal fédéral a admis qu'un outrage aux mœurs commis dans un corridor d'école devait être qualifié de public (ATF 78 IV 161 == JT 1952 IV 152., cons. 5); l'acte est réputé public., dit le Tribunal fédéral, des qu'il est simplement possible - avec un certain degré de probabilité., selon le cours normal des choses., eu égard aux circonstances et conditions de lieu - que des tiers présents ou survenant inopinément le surprennent. Tel est le cas dans un bâtiment d'école où un maître ou un élève pourraient sortir d'une classe. Le Tribunal fédéral admet ainsi que le fait que l'accès à un bâtiment est réservé à des personnes déterminées n'empêche pas de considérer lesdites personnes comme des << tiers >>. On peut raisonner de même s'agissant d'une caserne ou d'un fort. In casu., outre les recrues sur les lits desquelles les tracts ont été déposés., des officiers, sous-officiers ou soldats étrangers à la chambre pouvaient avoir l'occasion de pénétrer dans le cantonnement et d'y prendre connaissance des documents incriminés. Cette éventualité suffit à créer l'élément de publicité; supposé même que les recourants aient entendu ne pas pousser leur action au-delà de la chambre., ils ne pouvaient ni empêcher ni exclure la survenance de tels tiers. De surcroît., la publicité de l'acte émane déjà., en l'espèce, de son mode de commission. Des feuilles photocopiées se prêtent par essence à la diffusion; leur circulation de mains en mains est inévitable sinon

Nr. 33 68 esomptée; les circonstances de lieu de leur première distribution ne sont pas déterminantes. Des lors, cette provocation à la violation des devoirs militaires s'adressait d'emblée à un nombre illimité de personnes. Même si leur intention eût été de restreindre leur action à leurs camarades de la section sanitaire, ils auraient agi publiquement pour une autre raison encore: si l'on ne voulait admettre que leur propagande s'adressait à un nombre limité de personnes, il n'en serait pas moins vrai qu'elle atteignait des personnes n'ayant pas accepté à l'avance de prendre connaissance de tracts et de subir cette propagande. Celui qui désire se garder d'agir en public ne doit pas se contenter du fait que l'assistance se trouve plus ou moins restreinte; il doit s'assurer qu'elle l'est en fonction de l'acte qu'il projette. C'est ainsi que n'est pas publique une représentation de caractère impudique donnée en société fermée, mais en tant seulement que les spectateurs aient dû s'attendre d'emblée à ce genre d'attractions (Schwander, no 652). Faute d'avoir choisi soigneusement ses clients éventuels, un marchand d'estampes érotiques est tombé sous le coup de l'article 204 du CPS (ATF 89 IV 132, cons. 4). Or, les recourants n'ont opéré aucune sélection parmi leurs camarades. Les destinataires n'avaient pas été choisis à l'avance parmi des recrues sympathisantes ou non, qui pressenties, se seraient déclarées disposées à participer à une controverse politique au sujet du service militaire. L. et H. ont résolu d'atteindre sans discrimination toutes les recrues de leur section, à leur insu et éventuellement contre leur gré. Ils s'adressaient donc à une pluralité de personnes (Vielheit), à un public (Publikum), selon les définitions de Hafter relatives à l'article 259 du CPS et applicables aussi à l'article 276 du CPS (Partie spéciale, p. 452 et 686). En conséquence, la provocation a bien été publique, et c'est à ce titre que le Tribunal de division a tenu pour consommée l'infraction réprimée par l'article 98, chiffre 1, 1er alinéa du CPM. Cela étant, il n'y a pas lieu d'examiner si les conditions d'application du second alinéa sont en outre réalisées. 3. - En deuxième lieu, les recourants invoquent une fausse application de l'article 99 du CPM. Ils contestent avoir formé un groupement, élément constitutif du délit de menées contre la discipline militaire. Cette notion suppose, soutiennent-ils, l'association de plus de deux personnes, ainsi que l'existence d'une organisation et une activité suivie. Cette argumentation tombe à faux. Un groupement peut fort bien n'être composé que de deux

individus (ATMC 2, no 52, eons. b), tout eomme une bande (art. 129, eh. 3 et 130, eh. 2 CPM; 137, eh. 2 et 139, eh. 2 CPS): deux comparses suffisent (ATF 78 IV 227 = JT 1953 IV 89, eons. 2; ATF 83 IV 142 = JT 1957 IV 99, eons. 5). Selon la doctrine, un groupement désigne une pluralité de personnes qui s'associent, durant un certain laps de temps, en vue d'atteindre

69 Nr. 33, 34 un hut délictueux; l'existence d'une association au sens des articles 60 et suivants du CC n'est pas exigée (Hafter, op. cit. p. 682). Si le législateur pénal a érigé l'appartenance à une bande ou à un groupement en infractions sui generis ou en circonstances aggravantes, c'est qu'elle rend chaque auteur plus dangereux, car la coopération fortifie la volonté délictueuse des affiliés et accroît leurs possibilités d'action. De surcroit, les recourants se sont à tout le moins associés aux menées d'un groupement, au sens de l'article 99, 2e alinéa du CPM, en se chargeant de diffuser des tracts préparés par des auteurs qui s'intitulent eux-mêmes «groupe révolutionnaire». En outre, la provocation à la fondation d'un groupement, au sens du 3e alinéa de la même disposition, est réalisée par la dernière phrase du tract: «nous devons nous organiser en un «Comité d'action» (sic) qui défendra d'une manière efficace nos intérêts ... », le contexte ne laissant aucun doute sur le hut réel de ce comité d'action. Des lors ce moyen doit également être rejeté. 4.- ... (4 novembre 1968, L. et II. e. TD 10 A)

#### **E. 34**

Procédure contre les absents ( art. 166 OJPPM), recours en cassation ( art. 187 OJPPM). La voie de la cassation est aussi ouverte contre les jugements rendus par défaut ( changement de jurisprudence ). Verfahren gegen Abwesende (Art. 166 MStGO), Kassationsbeschwerde (Art. 187 MStGO). Auch dem in Abwesenheit Verurteilten steht das Recht der Kassationsbeschwerde zu ( Änderung der Rechtsprechung). Procedura contumaciale ( art. 166 OGPPM), ricorso per cassazione (art. 187 OGPPM). Anche chi è stato condannato con la procedura contumaciale può proporre il ricorso per cassazione ( cambiamento di giurisprudenza). Extrait des motifs : I. - En premier lieu, il échet d'examiner la recevabilité du recours. La jurisprudence a toujours refusé au défaillant la voie de la cassation (arrêt du 27.5.14 en la cause B., RPS 27, p. 304; ATMC I, nos 6, 53 et 132; 2, no 22, cons. A; 4, no 57). Diverses explications en ont été fournies: l'accusé ne disposerait pas, en procédure contumaciale, des droits afférents à une partie au proces pénal; le jugement rendu par défaut ne constituerait pas un «jugement» au sens de l'article 187 de l'OJPPM, c'est-à-dire une décision principale, par laquelle l'autorité judiciaire de première instance statue définitivement sur le sort de l'action pénale dont elle est saisie (Haupt- oder Endurteil); et même si l'on voulait attribuer ce caractère au jugement rendu par défaut, il n'en resterait pas moins que sa force exécutoire serait soumise à condition résolutoire; la sauvegarde des

Nr. 34 70 droits du défaillant serait suffisamment assurée du fait qu'il peut obtenir, sur simple demande, la mise à néant du jugement et la reprise de l'instruction principale. Par ailleurs, la jurisprudence restreint aussi la faculté du défaillant de demander la révision: il ne le peut pas tant que le relief est possible (ATMC 6, no 123). L'auditeur, en revanche, s'est toujours vu reconnaître vocation pour attaquer en cassation le jugement rendu par défaut. Il a même été expressément habilité à s'écarter, dans son recours, des conclusions qu'il avait prises dans l'acte d'accusation, mais seulement en faveur non au détriment du condamné (ATMC 2, no 22, cons. A); par la suite, cette attitude lui a été déniée, pour le motif qu'il ne devrait pas disposer de plus de droits que le défaillant en faveur duquel il recourt

(ATMC 4, no 27), puis concédée à nouveau (ATMC 6, no 85). La doctrine n'a pas laissé de critiquer cette jurisprudence. Pfenninger s'est fait le champion d'une extension des droits du contumace, notamment par l'ouverture des voies de droit ordinaires (Das Kontumazialverfahren und die Wahrheitsforschung, in SJZ 1956, p.134 sqq, en particulier 139). Haefliger s'est exprimé dans le même sens (ad art. 166, no 13), à tout le moins pour les procédures contre absent ou un défendeur a été admis ou désigné, en vertu de l'article 22 de l'ordonnance concernant la justice pénale militaire (du 29.1.54, modifiée des le 1.9.68 par l'ACF du 14.8.68, RO 1968, 1056). A elle seule déjà, cette disposition récente contraint effectivement à reconsidérer la pratique suivie jusqu'à ce jour. C'est avant tout dans le cas où - comme en l'espèce - un défendeur a reçu la qualité pour procéder, que le besoin d'un changement de jurisprudence se fait sentir. Il convient dès lors d'examiner plus avant les arguments qui peuvent être avancés à l'encontre ou en faveur de l'octroi au contumace de la faculté de se pourvoir en cassation. a) La première idée à abandonner est celle que le jugement qui a été rendu par défaut n'en serait pas un, au sens de l'article 187 de l'OJPPM. S'il en était ainsi, l'auditeur ne devrait pas être admis à recourir, lui non plus; et surtout - conséquence absurde - la prescription de la peine ne commencerait jamais à courir, puisque l'article 55 du CPM fixe son point de départ au jour où le jugement est passé en force (ATMC 5, no 81, cons. 3). b) On ne saurait davantage persister à tenir le recours en cassation pour superflu du fait que le relief est possible, devant des situations où - comme en l'espèce - il est impensable, pour des raisons financières évidentes, vu le lieu de résidence lointain du condamné. D'ailleurs, une fois la peine prescrite - dans les causes de cette nature après cinq ans déjà - le relief n'est plus possible du tout (ATMC 7, no 47). Reste la révision, certes, mais elle n'est accordée qu'à des conditions bien déterminées, en dépit d'une jurisprudence assez libérale.

71 Nr. 34 e) Quand la cassation pourrait être fondée sur des motifs purement juridiques, on ne voit guère pourquoi le jugement rendu par défaut ne serait pas corrigé sans attendre une éventuelle reprise de cause. Cela vaut aussi bien dans l'hypothèse où la cassation devrait être prononcée pour violation de la loi pénale que dans celle où un vice de procédure empêcherait le maintien du jugement. d) La procédure contre les absents serait empruntée au code de procédure pénale français (ATMC 1, no 6), mais cette référence n'apparaît nullement déterminante: tandis que l'article 473 dudit code énonce que «le recours en cassation ne sera ouvert contre les jugements de contumace qu'au procureur général et à la partie civile en ce qui la regarde», le CPM ne renferme aucune règle semblable. e) La procédure pénale fédérale reconnaît le relief (art. 158, al. 3 PPF); et nonobstant, le Tribunal fédéral a admis qu'un défaillant se pourvoit en nullité, ce qui n'est pas expressément prévu (arrêt du 9.12.47 de la Cour de cassation extraordinaire en la cause B., G. et O., non publié). f) L'article 22 de l'ordonnance concernant la justice militaire, qui prévoyait jusqu'à cette année que, dans la procédure contre absent, un défendeur ne sera admis qu'exceptionnellement, ne contient plus ce dernier terme; et l'assentiment de l'auditeur en chef cesse d'être requis. Autant d'indices qu'une libéralisation est voulue par le législateur. g) Agréer un défendeur, c'est nécessairement lui reconnaître la qualité de partie. Il serait illogique, après l'avoir appelé à faire valoir son point de vue jusqu'au jugement, de le priver, sitôt celui-ci rendu, d'en requérir le contrôle juridique. h) On pourrait craindre que la perspective de bénéficier successivement du recours et du relief n'incite à faire défaut l'accusé désireux de gagner du temps. Cette tactique serait bien aléatoire, car le nouveau jugement, rendu en contradictoire, ne manquera pas de s'appuyer sur l'arrêt intervenu, ce qui comporte des risques. i) Une autre objection pourrait être tirée de la dernière phrase de

Partiele 166 de l'OJPPM, aux termes de laquelle il n'y a pas lieu à jugement libératoire contre un absent. Cette objection n'est cependant pas péremptoire et la survivance d'une telle règle, depuis longtemps critiquée, ne doit pas retarder l'ouverture d'une voie de recours justifiée à tous les autres égards. k) Enfin, quant à l'idée que le défaillant mérite une sorte de punition pour avoir désobéi à une citation, elle semble tombée dans l'oubli. Une conception moderne du droit exige que la procédure serve uniquement à rechercher la vérité le plus sagement possible.

Nr. 34-35 72 Pour tous ces motifs, un changement de jurisprudence s'impose. On pourrait cependant songer à n'accorder le recours que dans les causes où un défendeur a été admis ou désigné. Mais cette restriction créerait une inégalité de traitement paradoxale: seul le condamné déjà nanti du privilège d'être défendu durant la première instance jouirait encore de celui d'en introduire une seconde. Son t étrangers à la délimitation des droits du défaillant les critères selon lesquels le grand juge consent à ce qu'un défendeur intervienne; un refus ne doit pas avoir l'effet de priver de pré-munir contre tout recours. On ne saurait d'ailleurs conférer au défendeur plus de droits qu'au justiciable lui-même. La voie du recours en cassation est désormais ouverte au condamné par défaut, qu'il ait ou non un défendeur. En conséquence, le recours est recevable à cet égard. 2. - ... ( 4 novembre 1968, G. e. TD I O A) Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Ziff. 2 SVG), fahrlässige Körperverletzung (Art. 124 MStG), Idealkonkurrenz (Art. 49 Ziff. 1 MStG). Eine Verletzung der Verkehrsregeln ist dann grob im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG, wenn sie objektiv und subjektiv schwer ist (Erw. 1 b). - Eine << ernsthafte Gefahr für die Sicherheit anderer >> ist auch gegeben, wenn eine im Fahrzeug des Täters mitfahrende Person ernstlich gefährdet ist (Erw. 1e). Violation des règles de la circulation ( art. 90, eh. 2 LCR ), lésions corporelles par négligence (art.124 CPM), concours idéal (art. 49, eh. 1 CPM). Une violation des règles de la circulation est grave au sens de l'article 90, chiffre 2 de la LCR, si elle l'est objectivement et subjectivement ( cons.1b ). -Un <<sérieux danger pour la sécurité d'autrui>> est créé même si c'est un passager du véhicule de l'auteur qui s'est trouvé en sérieux danger ( cons. 1e). Infrazione alle norme della circolazione ( art. 90 cif. 2 LCStr. ), lesioni corporali colpose ( art. 124 CPM), concorso ideale ( art. 49 cif. 1 CPM). Un'infrazione alle norme della circolazione è grave ai sensi dell'art. 90 cif. 2 LCStr. se è tale oggettivamente e soggettivamente ( cons. 1b ). -<<Un serio pericolo per la sicurezza altrui >> esiste anche quando un occupante del veicolo del reo corre siffatto pericolo ( cons. 1e) .. Sachverhalt: San Sdt Z. unternahm im grossen Urlaub mit seiner Freundin Ch. eine Autofahrt. Trotz Übermüdung, Sonnenblendung und nasser Fahrbahn überholte er mit seinem Privatwagen einen Militärcamion, wobei er frontal mit

73 Nr. 35 dem ihm entgegenkommenden Auto der Eheleute S. zusammenstoss. Bei der Kollision wurden die Eheleute S. erheblich und San Sdt Z. leicht verletzt. An den beiden Fahrzeugen entstand Totalschaden. Ein hinter den Eheleuten S. fahrender Automobilist A. konnte 6-8 m vor der Unfallstelle anhalten. Aus diesen Erwägungen: 1. - Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, es liege keine grobe Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG vor. Dieser Artikel bestimmt: <<Wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernsthafte Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Gefahr bringt, wird mit Gefängnis oder Busse bestraft. >> a) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer beim fraglichen Überholmanöver die Verkehrsregeln des Art. 35 Abs. 2 SVG verletzt hat, indem er zum Überholen ansetzte, ohne sich zu vergewissern, ob der hierfür erforderliche Raum frei sei.

b) Streitig ist jedoch, ob dieses Verhalten als grobe Verletzung der Verkehrsregeln zu qualifizieren ist. Eine solche liegt vor, wenn sie objektiv und subjektiv schwer ist. Objektiv ist sie namentlich dann schwer, wenn der Täter eine Regel missachtet hat, deren Übertretung erfahrungsgemäss besonders häufig zu schweren Unfällen führt. Eine solche Regel ist zweifellos die im vorliegenden Falle verletzte Vorschrift des Art. 35 Abs. 2 SVG, ist doch eine grosse Zahl von Unfällen auf unvorsichtiges Überholen zurückzuführen. In subjektiver Beziehung muss ein schweres Verschulden, bei fahrlässigem Handeln grobe Fahrlässigkeit, vorliegen (BGE 92 IV 145). Auch subjektiv ist der von San Sdt Z. begangene Fehler schwerwiegend. Wer, wie der Angeklagte, in übermüdetem Zustand und, obwohl er von der Sonne stark geblendet wird, trotz nasser Strasse ein Überholmanöver einleitet, ohne sich vergewissert zu haben, dass die erforderliche Strassenstrecke frei zur Verfügung steht, handelt grobfahrlässig. e) Ferner bestreitet der Beschwerdeführer das Vorliegen einer ernstlichen Gefahr für die Sicherheit anderer. Der hinter dem Volkswagen der Eheleute S. fahrende Automobilist A. habe die Unfallgefahr erkannt und rechtzeitig anhalten können. Die Mitfahrerin Ch. falle als Gefährdete ausser Betracht, da sich der Schutz des Art. 90 SVG nicht auf Mitfahrer erstrecke. Die Gefährdung der Eheleute S. werde durch die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Körperverletzung abgegolten und könne dem Beschwerdeführer nicht zusätzlich zur Last gelegt werden. In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers unter dem Gesichtspunkt des Art. 90 Ziff. 2 SVG auch die Gefährdung einer im Fahrzeug des Täters mitfahrenden Person beachtlich ist (Schulz, Die Strafbestimmungen des SVG, S. 164; derselbe, Die strafrechtliche Rechtsprechung zum Strassenverkehrsrecht, S. 77;

Nr. 35, 35 74 Badertscher/Schlegel, Kommentar zum SVG, zu Art. 90, S. 254). Der eindeutige Gesetzestext erlaubt nicht, Mitfahrer des Täters vom Kreise der möglicherweise Gefährdeten auszuschliessen. Eine solche Ausnahme liesse sich auch rechtspolitisch nicht rechtfertigen. In tatbeständlicher Beziehung kann das Militärkassationsgericht die Feststellungen der Vorinstanz nur auf Willkür hin überprüfen (Haefliger, Kommentar zu MStGO Art. 188 N. 3). Die erhebliche Gefährdung der Mitfahrerin Ch. steht ausser Zweifel. In bezug auf den Camionfahrer und in bezug auf R. A. kann die Feststellung, dass auch diese Personen ernstlich gefährdet waren, nicht als willkürlich angesprochen werden. Beim plötzlichen Bremsen auf der nassen Strasse hätte das Fahrzeug des Angeklagten sehr wohl ins Schleudern geraten und mit dem Militärcamion kollidieren können. Im Bereich des Möglichen, ja Wahrscheinlichen hätte auch gelegen, dass der Lenker des Camions zur Ablenkung einer drohenden Kollision Massnahmen getroffen hätte, die ihrerseits mit einer Gefahr für seine Sicherheit verbunden gewesen wären. In bezug auf R. A. ergibt sich, dass eine etwas langsamere Reaktion oder eine nur wenig ungünstigere Bremswirkung eine Kollision mit den Unfallwagen hätte bewirken können. Es ergibt sich somit, dass auch das Tatbestandsmerkmal der ernstlichen Gefährdung erfüllt ist. San Sdt Z. ist somit zu Recht der groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG schuldig erklärt worden. Die Frage, ob entsprechend der Praxis des Militärkassationsgerichts (MI(GE vom 31.5.1965 i. S. Kpl L.) hinsichtlich der Eheleute S. neben dem Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung (Art. 124 MStG) in Idealkonkurrenz auch der Tatbestand der groben Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Ziff. 2 SVG) erfüllt sei, kann mit der Vorinstanz offen gelassen werden. Auch nach der Praxis des Bundesgerichtes, das in einem solchen Falle (unechte) Gesetzeskonkurrenz annimmt (BGE 91 IV 32ff. und 91 IV 211 ff.), besteht dann Idealkonkurrenz zwischen Art. 124 MStG und Art. 90 Ziff. 2 SVG, wenn neben der verletzten Person wie im vorliegenden Falle weitere konkret gefährdet worden

sind (BGE 91 IV 215 Erw. 4 ain Ende). 2. - ... (13. Dezember 1968, Z. e. DG 8)

### E. 36

Refus de servir pour des motifs de conscience, notion de <<convictions morales >> ( art. 81, eh. 2 CPM). L' aut e ur doit avoir obéi à un impératif ca- tégorique, savoir à un commandement que la conscience se donne à elle- même, aussi absolu et contraignant qu'est l'ordre divin pour l'ohjecteur

75 Nr. 36 croyant. N'importe quelle philosophie personnelle ne saurait se réclamer d'un tel caractere impératif. 11 doit s'agir d'une conviction mfi.rie, reposant sur un raisonnement accessible au sens commnn et à laquelle chacun - sans pour autant la partager - peut accorder le respect ( cons. 2). Mobiles honorables ( art. 45 CPM). Le fait de violer une loi pour mani- fester sa réprobation à l' égard de la société qui l' a édictée ne peut pas être qualifié d'acte commis en cédant à un mobile honorable, sous un régime démocratique ou le citoyen dispose de moyens légaux pour contribuer à l'élaboration législative ( cons. 3). Dienstverweigerung aus Gewissensgründen, Begri:ff des Handelns aus ethischen Gründen (Art. 81 Zi:ff. 2 MStG). Der Täter muss einem katego- rischen Imperativ gehorcht haben, das heisst einem Befehl, den das Ge- wissen sich selbst gibt, und der so absolut und zwingend ist, wie der gött- liche Befehl, dem ein Dienstverweigerer aus religiösen Gründen gehorcht. Nicht jede persönliche Philosophie kann den Charakter eines Imperativs für sich beanspruchen. Es muss eine gereifte Überzeugung sein, die mit dem Verstand erfassbar ist, und die ein Dritter - ohne sie teilen zu müs- sen- achten kann (Erw. 2). Achtungswerte Beweggründe (Art. 45 MStG). Das Widerhandeln ge- gen eine Gesetzesvorschrift aus Abneigung gegen die Gesellschaft, welche die V orschrift erlassen há t, kann in einem demokratischen Staate, der den Bürgern legale Mittel zur Mitwirkung bei der Gesetzgebung gibt, nicht als Handeln aus achtungswerten Beweggründen qualifiziert werden (Erw. 3). Rifiuto del servizio per motivi di coscienza, concetto di convinzioni morali ( art. 81 cif. 2 CPM). 11 reo deve aver obbedito a un imperativo cate- gorico, ossia a un precetto ebe la coscienza impone a se stessa e assoluto e vincolante come il comandante divino per l'obbietto per convinzioni religiose. N o n ogni filosofia personale ha tale carattere imperativo; deve trattarsi di una convinzione ponderata, conforme al huon senso e degna di rispetto per chiunque anche senza poter venire condivisa ( cons. 2). Motivi onorevoli ( art. 45 CPM). La violazione di una norma legale per manifestare avversione verso l'ordinamento sociale ebe l'ha emanata non puo essere qualificata come atto compiuto per motivi onorevoli in uno stato democratico, nel quale il cittadino dispone di mezzi legali per influire sulla legislazione ( cons. 3). Extrait des motifs: 2. - A Pappui de son premier moyen, le recourant prétend qu'au moment ou il a été appelé à faire son école de recrues., il s' est trouvé en proie à un grave conflit de conscience qu'il justifie comme il suit: <<Mon pacifisme et mon aversion de la violence m'interdisent d'appar- tenir à Parmée. D'autre part, je ne peux appartenir à une armée qui est

Nr. 36 76 le symhole d'un systeme que je condamne. Si j'acceptais d'appartenir à cette armée, je cautionnerais ce systeme que je condamne. Je ne peux donc le faire si je veux rester honnête avec moi-même et être en regle avec ma conscience. >> Les tribunaux reconnaissant que les témoins de J éhovah agissent sous l'empire d'un grave conflit de conscience, il n'aurait pas du être traité différemment, soutient-il en substance, alors que sa franchise lui inter- disait de teinter ses explications de motifs religieux ou philosophiques; ce serait pourtant des impératifs moraux qui exerçaient sur lui une pres- sion si intense et permanente qu'il n'a pu s'en libérer qu'en prenant la décision de refuser de servir. Cette

argumentation appelle, pour la première fois, une définition jurisprudentielle du conflit de conscience issu de convictions morales, au sens de l'article 81, chiffre 2, 1er alinéa (nouveau) du CPM. En effet, la nouvelle du 5 octobre 1967, entrée en vigueur le 1er mars 1968, a étendu l'application de la circonstance atténuante spéciale prévue auparavant à l'article 29, 3e alinéa du CPM (abrogé du même coup) aux cas où l'auteur a agi sous l'empire non pas seulement de convictions religieuses, mais aussi de convictions morales. a) Dans son message à l'Assemblée fédérale du 6 mars 1967 concernant une révision partielle du code pénal militaire (FF 1967 I 608), le Conseil fédéral s'exprime à ce sujet comme il suit: «Le traitement spécial ne doit plus profiter seulement à l'auteur qui a agi pour des motifs religieux, mais aussi à celui qui s'est laissé guider par des motifs d'ordre éthique. Nous avons fait part à plusieurs reprises de notre intention d'étendre ce privilège aux militaires qui refusent de servir pour des motifs d'ordre moral. Cette extension est justifiée par l'idée que la conviction vraiment véritable et sincère, même si elle n'est pas d'essence religieuse, mérite aussi d'être prise en considération. Il appartient à la jurisprudence d'établir à cet égard les bases utiles tout en garantissant que seuls pourront prétendre un régime de faveur les objecteurs véritablement en proie à un grave conflit de conscience, quasi insoluble, constituant l'élément essentiel du délit.» Au cours des débats du Conseil national (BO du CN 1967, 182), le rapporteur a cité cette remarque de l'auditeur en chef: «Dans beaucoup de cas, l'objection de conscience morale apparaît non moins profonde et tourmentée que celle qui dépend du commandement précis d'une secte.» Devant le Conseil des Etats (BO du CE 1967, 259), M. Guisan, rapporteur, a exposé ce qui suit: «L'objection de conscience peut être inspirée par des convictions non seulement religieuses, mais encore morales. Il convient en effet de considérer les motifs de conscience pour eux-mêmes, sans relation nécessaire

77 Nr. 36 avec un précepte d'ordre religieux. Les tribunaux militaires auront la mission, encore plus délicate que jusqu'ici, d'apprécier si les motifs invoqués sont sincères et assez forts pour créer un grave conflit de conscience.» Lors de la discussion générale, le député Leu a fait cette observation: «Üh im konkreten Fallt: wirklich aus echten religiösen oder ethischen Gründen die Leistung des Militardienstes verweigert wird, ist äusserst schwer zu entscheiden. Es muss Aufgabe des Richters sein, sich vom Vorhandensein dieser Gründe zu überzeugen. Er trägt hier nicht nur für den konkreten Fall, sondern für die allgemeinen Fragen der Landesverteidigung die grösste Verantwortung. Diese Pflicht des Richters kann nicht genug betont werden. Wenn für bestimmte Fälle, die im übrigen äusserst selten sind, ein Entgegenkommen gezeigt wird, so darf damit der Wehrwille der zutiefst in unserem Volke verankert ist, nie untergraben werden.» Dans un commentaire du 31 janvier 1968, l'auditeur en chef a exprimé l'opinion suivante au sujet de l'article 81, chiffre 2 (nouveau) du CPM: «Le traitement spécial ne doit plus profiter seulement à l'auteur qui a agi pour des motifs religieux, mais aussi à celui qui s'est laissé guider par des motifs d'ordre éthique uniquement. Ce qui est protégé, ce sont moins les motifs de la décision que la conviction véritable et sincère. Ce faisant, il s'agira de garantir que seuls pourront prétendre à un régime de faveur les objecteurs véritablement en proie à un grave conflit de conscience, quasi insoluble, constituant l'élément essentiel du délit. Tel n'est pas le cas de ceux qui sympathisent avec les objecteurs de conscience, ni des délinquants politiques proprement dits (anarchistes, etc.)» Enfin, lors du rapport des officiers de justice militaire du 29 février 1968, l'auditeur en chef a encore apporté ces précisions: «L'idée directrice de la nouvelle réglementation consiste à tenir compte des véritables et sincères convictions; ce faisant, on s'assurera que seul l'auteur placé dans un conflit de

conscience grave et pour ainsi dire inextricable peut bénéficier d'un traitement de faveur. Seuls des motifs moraux et humanitaires, qui de plus placent l'auteur dans un conflit de conscience grave, peuvent motiver l'application de l'article 81, chiffre 2. Le Tribunal militaire de cassation a défini le conflit de conscience grave avec beaucoup de sérieux (ATMC 6, no 40; 7, nos 15,25 et 30). On pourra peut-être s'aider du commentaire donné par le Tribunal constitutionnel allemand à l'article 4, alinéa 3, de la constitution de la République fédérale d'Allemagne («Nul ne peut être contraint d'accomplir un service armé en raison d'un motif de conscience »), commentaire ainsi conçu: «Un doit des lors considérer comme décision prise dans un conflit de conscience toute décision sérieuse de nature morale en face du problème du bien et du mal, prise par l'individu dans une situation donnée et par laquelle il se sent intérieurement lié à tel point qu'il ne pourrait pas agir contre cette décision sans se placer dans un grave conflit. »

Nr. 36 78 «Un pourrait ajouter qu'une telle décision peut être également déclenchée par l'intelligence et le raisonnement, ceux-ci se confondant alors avec la conscience dans l'homme. » De ces quelques citations relatives à la ratio legis de l'article 81, chiffre 2 du CPM, on peut dégager des indications utiles à l'interprétation de celui-ci. Il en résulte en effet que le législateur a voulu placer sur un pied d'égalité, lors de l'application du régime privilégié réservé aux objecteurs de conscience, les convictions religieuses et celles d'ordre moral ou éthique (l'éthique n'étant autre chose que la science de la morale), sans définir toutefois plus avant ces derniers termes. Mais, tout en permettant au juge de montrer une certaine compréhension à l'égard des objecteurs mus par des sentiments élevés et sincères, il n'a pas pour autant entendu permettre que soit affaibli le principe constitutionnel du service militaire obligatoire, et par là la défense nationale, par une application extensive de la nouvelle disposition légale. Ainsi, on peut poser en principe que celui qui, pour justifier son refus de servir, se prévaut d'un mobile d'ordre moral, doit établir - ou au moins rendre vraisemblable - qu'il obéit à un impératif catégorique (au sens que confère à ce terme la théorie morale de Kant), savoir à un commandement que la conscience se donne à elle-même, aussi absolu et contraignant qu'est l'ordre divin pour l'objecteur croyant. Il convient donc d'appliquer mutatis mutandis la définition que la jurisprudence a donnée de la notion de conflit de conscience d'ordre religieux pour l'application de l'article 29, ge alinéa (ancien) du CPM (ATMC 6, no 40): « Cette disposition a été introduite en faveur de ceux qui sont arrivés à la conviction ferme que l'accomplissement de leur devoir militaire constituerait pour eux une désobéissance à ce qu'ils considèrent comme un commandement divin ... Il faut admettre l'existence d'un grave conflit de conscience lorsque l'auteur par son attitude qu'il exige de lui l'Etat, entrerait en conflit avec sa conscience religieuse profonde ... Le législateur a voulu prendre en considération la situation de celui qui se trouve dans un état de nécessité morale. » Pour déterminer si le commandement moral allégué présente véritablement un caractère impératif, le juge se fondera sur une appréciation qui sera nécessairement subjective par rapport à celui qui l'invoque, mais qui doit être également objective au regard de la morale telle que la conçoit la communauté à laquelle appartient l'objecteur. Il ne saurait être question, en effet, d'accorder un caractère impératif d'ordre supérieur à n'importe quelle philosophie personnelle, à n'importe quel raisonnement conçu par l'esprit de l'individu, si sincère soit-il. Ce serait ouvrir la porte à des abus évidents et aller à l'encontre des intentions du législateur ainsi que des nécessités de la défense nationale. En revanche, il faudra prendre

79 Nr. 36 en considération une doctrine ou une conviction dument murie, reposant sur un raisonnement accessible au sens commun et auxquelles chacun - sans pour autant les partager - doit pouvoir accorder le respect. Il en serait ainsi d'un pacifisme ou d'une théorie de non-violence, érigés en doctrines fondamentales, quasi en religion, et devenant alors digne oh- jectivement d'une certaine estime, même de la part de ceux qui les com- hettent. Des lors, le juge ne se bornera pas à s'assurer - autant que faire se peut - de l'authenticité des mobiles invoqués: la sincérité ne suffit pas; il contrôlera encore leur valeur du point de vue objectif et il appréciera ainsi s'ils sont de nature à placer celui qui s'en prévaut dans un état de nécessité morale lui imposant de manière contraignante la désobéissance à l'ordre légal. C'est en effet cet état de nécessité morale que souligne la version allemande du texte légal par l'expression <<in schwerer Gewissens- not>>. Quant à la version française <<grave conflit de conscience>>, elle sup- pose l'action simultanée de motivations incompatibles; il y a notamment conflit de devoirs, quand, dans la morale appliquée, un même acte paraît à la fois légitime et illégitime suivant la règle à laquelle on se rapporte. Encore convient-il de bien peser la valeur des règles mises dans la balance. b) A la lumière des principes ainsi dégagés, il convient d'examiner si le recourant pouvait être mis au bénéfice des dispositions de l'article 81, chiffre 2 du CPM. Les premiers juges l'ont nié en ces termes: <<Le Tribunal n'a nullement acquis la conviction qu'il y avait chez l'accusé un réel et grave conflit de conscience. Il est même frappé de la pauvreté de l'argumentation de B.; par ailleurs, il s'étonne que l'accusé parle de service militaire sans en avoir fait, du tiers monde sans y être allé et sans le connaître, et encore veuille créer un autre monde, sans avoir fait une étude approfondie de celui dans lequel il vit. D'autre part, B. a fait état de motifs d'ordre pacifiste; dans les consi- dérations qu'il a émises, il apparaît que cette motivation demeure très à l'arrière-plan des mobiles qui l'ont incité au refus de servir. En fait, l'accusé ne fait qu'un >>exercice intellectuel<< et paraît victime d'une tendance contestataire rebelle à toute forme d'autorité, notamment, à l'armée.>> Ces considérations reposent sur l'état de fait retenu., lequel correspond aux pièces du dossier., entre autres aux déclarations suivantes que B. a faites devant le juge d'instruction et n'a point rétractées: <<Depuis quelques temps, je pensais refuser d'accomplir mon service militaire pour des motifs pacifistes; j'étais néanmoins conscient du fait qu'on ne peut pas être toujours un >>pacifiste à tout crin<< et qu'il se présente des circonstances dans lesquelles l'on est obligé d'avoir recours à la force., voire la violence. Je désirais toutefois manifester mon opposition

Nr. 36 80 à la société actuelle qui accepte la <<violence >> sans toujours chercher à y porter remède. Actuellement, ma position s'est quelque peu modifiée en ce sens que la >>composante<< pacifiste s'est atténuée alors que la >>composante<< critique de la société domine; cette évolution s'est dessinée à fin 1967 et début 1968; les mouvements étudiants en Europe et plus particulièrement ceux de mai en France m'ont amené à des réflexions qui ont renforcé cette conception. De ce fait, je ne veux pas appartenir à une armée qui défend un système politico-économique que je condamne. Notamment, je pense qu'il pourrait y avoir, en Suisse aussi, un conflit entre un mouvement étudiant et l'armée; actuellement, j'appartiens fermement au mouvement d'étudiants et de ce fait ne peut appartenir aux deux en même temps; d'ailleurs, le cas des étudiants n'est qu'un exemple des circonstances dans lesquelles je condamnerais mon incorporation dans l'armée et n'est pas le fondement de mon opinion. >> En vain chercherait-on dans ces explications à discerner des principes supérieurs susceptibles d'engendrer un état de nécessité morale. Le pacifisme du recourant est de son propre avis très relatif; loin de s'en faire un dogme, il

admet qu' on ne doit parfois recourir à la force, tout en se gardant de préciser dans quelles éventualités. Les mobiles de B. résident - toujours de son propre aveu - dans sa critique du << système politico-économique >> de notre société; ils sont donc de nature purement politique, au sens large du terme. Son refus de faire partie de l'armée découle d'une simple option politique, laquelle au surplus n'est valable qu'actuellement, souligne-t-il. Son attitude est ainsi essentiellement opportuniste; elle résulte d'un froid calcul et non point d'une obéissance à un principe moral supérieur susceptible de donner naissance à un ordre impératif de la conscience et, partant, à un état de nécessité morale. Dans toutes les autres situations de son existence, B. a su fort bien s'accommoder - d'après les renseignements fournis par le dossier - de ce système politico-économique qu'il réprouve ici. Propriétaire de l'immeuble où il habite, rentier de l'assurance-survivants, bénéficiaire de deux pensions de son école elle recrues requis pour mener plus vite ses études, il se reconnaît volontiers appartenir à une classe privilégiée. Le premier moyen de recours doit dès lors être rejeté. 3. - 11 en va elle-même du second, qui vise à l'admission de la circonstance atténuante que constitueraient les mobiles honorables de l'auteur. A juste titre, le Tribunal de division a considéré que ne saurait être qualifié d'honorable le fait de se mettre en opposition avec la loi pour manifester sa réprobation quant à la forme et l'essence de la société et parce qu'on << conteste >> précisément ladite loi.

81 Nr. 36, 37 Le Tribunal militaire de cassation a approuvé cette manière de voir dans son arrêt A. du 21 février 66 (ATMC 8, no 8), où il a admis en d'autres termes que le fait de violer la loi commune dans un but politique (par exemple contraindre les autorités à modifier cette loi) ne saurait, en régime démocratique ou le citoyen dispose de moyens d'action légaux, être qualifié d'honorable. (25 février 1969, B. e. TD 10 A)

### **E. 37**

Kassationsbeschwerde (Art. 188 Abs. 1 Ziff. 1 MStGO). Rechtsfrage ist bei fahrlässigen Straftaten nicht nur die Beurteilung der Vorhersehbarkeit, sondern auch die Vorwerfbarkeit der Unterlassung (Erw. 1). Fahrlässige Körperverletzung (Art. 124 MStG), Begriff der Fahrlässigkeit (Art. 15 Abs. 3 MStG), unechtes Unterlassungsdelikt. Körperverletzung durch Unterlassen ist nur strafbar, wenn verschuldet eine Rechtspflicht zum Handeln verletzt worden ist und pflichtgemässes Handeln geeignet gewesen wäre, den Erfolg zu vermeiden (Erw. 2). Es besteht keine Pflicht, Massnahmen für den Fall zu ergreifen, dass die zuständige Person ihre Aufgabe nicht oder mangelhaft erfüllt, es sei denn, dass nach den konkreten Umständen ernsthaft mit einem Versagen der zuständigen Person gerechnet werden muss (Erw. 4). Recours en cassation (art. 188, 1er al., eh. l. OJPPM). Dans les délits par omission, constituent des questions de droit non seulement celle de la prévisibilité du résultat dommageable, mais aussi si celle de savoir si l'omission peut être reprochée à son auteur (cons. 1). Lésions corporelles par négligence (art. 124 CPM), notion de la négligence (art. 15, al. 3 CPM), délit par omission imparfait. Des lésions corporelles causées par omission ne sont punissables que si, d'une manière coupable, un devoir juridique d'agir a été violé et si un acte conforme à ce dernier aurait été propre à empêcher le résultat de se produire (cons. 2). Aucune mesure n'est à prendre en vue du cas où la personne compétente ne s'acquitterait pas de sa tâche ou la remplirait mal, à moins qu'il n'y ait vraiment lieu de compter avec une défaillance de la personne compétente (cons. 4). Ricorso per cassazione (art. 188 cpv. 1 cif. 1 OGPPM). In caso di reati per omissione costituisce questione di diritto non soltanto il giudizio sulla prevedibilità di un evento, ma altresì quello sulla questione a sapere se l'omissione stessa può essere

rimproverata a chi la commette ( cons. 1). Lesioni colpose ( art. 124 CPM), concetto di negligenza ( art. 15 cpv. 3 CPM), delitto per omissione improprio. Lesioni colpose in seguito a omis- sione sono punibili soltanto se, in modo colpevole, e stato violato un dovere giuridico di agire e se un'azione conforme a tale dovere era idonea a pre-

Nr. 37 82 venire l'evento ( cons. 2). Non sussiste un obbligo di prendere provvedimenti per l'eventualità ebe la persona competente abbia a negligere completa- mente o in parte i propri compiti, a meno ebe circostanze concrete permet- tono di reputare possibili delle deficienze ( cons. 4 ). Sachverhalt: Bei einem Artillerieschiessen erlitten 17 als Besucher anwesende Inf Aspiranten bleibende Gehorschiiden, weil entgegen der ergangenen Absprache der Feuerbefehl nicht von dem die Aspiranten begleitenden Stellungsraum- kommandanten, sondern von dem auf dem Beobachtungsposten weilenden Schiesskommandanten erteilt wurde. Die Aspiranten wurden daher vom Feuer überrascht und trugen zum grossen Teil keine Gehorschutzpfropfen. Das Divisionsgericht verurteilte den Stellungsraumkommandanten wegen fahrlässiger J(orperverletzung, weil dieser ke ine zusiitzlichen Sicherheits- massnahmen ergriffen hatte. Das Militiirkassationsgericht spricht den Stel- lungsraumkommandanten aufgrund nachstehender Erwiigungen frei. Aus d en Erwagungen: 1. - Die Beschwerde macht unrichtige Anwendung des Fahrlässig- keitsbegriffs durch die V orinstanz geltend. Es handelt sich um eine durch das Militarkassationsgericht frei überprüfbare Rechtsfrage im Sinne von Art. 188 Abs. 1 Ziff. 1 MStGO. Rechtsfrage ist nicht nur (wie in MKGE 7 Nr. 50) die Beurteilung der Vorhersehbarkeit, sondern auch die Vorwerf- barkeit d er U nterlassung, welche Frage im vorliegenden Fali im V order- grund steht. 2. - Das angefochtene Urteil beruht auf der Grundüberlegung, vom Eintreffen der Aspiranten im Stellungsraum an sei der Beschwerdeführer für die Sicherheit der Besucher verantwortlich gewesen, doch hahe er ge- botene Schutzmassregeln nicht getroffen und dadurch die Gehörschadi- gungen der Aspiranten rechtserheblich verursacht. D ami t ist die V orinstanz richtig davon ausgegangen, dass Körperver- letzung durch U nterlassen n ur strafbar ist, wenn verschuldet eine Rechts- pflicht zum Handeln verletzt worden ist und pflichtgemasses Handeln ge- eignet gewesen wäre, den Erfolg zu vermeiden (unechtes Unterlassungs- delikt; dazu allgemein und insbesondere zur Rechtspflicht: BGE 86 IV 220; Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. A., Zürich 1964, S. 76 ff.; Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942, S. 163; Schultz, Das Unterlassungsdelikt, Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich 1964/65, S. 24 ff.; vgl. auch MKGE 7 N r. 14, 6 N r. 54, BGE 79 IV 147,82 IV 33,83 IV 13 und 27,88 IV 109,91 IV 121,127, 153ff., 177 ff., SJZ 1966/158). Die Rechtspflicht ist von der V orinstanz ebenfalls zutreffend darin gesehen worden, dass der Beschwerdeführer Kommandant des Stellungs- raums w ar un d zudem auf V eranlassung des Aht Kdt die Führung der

83 Nr. 37 Aspiranten im Stellungsraum persönlich übernommen hatte, wie er denn auch im Detailprogramm als V erantwortlicher für die Besichtigung einer Batterie bezeichnet worden war (Akten S. 33), was nun sinngemäss auch auf das veränderte Programm anwendbar wurde, da die Organisation im übrigen dieselbe blieb. - Jedenfalls aus dieser Häufung ergab sich seine - wegen der Gehorsamspflicht als rechtliche zu qualifizierende - Schutz- pflicht, d. h. seine Pflicht, alles Zumutbare zu tun, um die Aspiranten vor Schaden zu bewahren. Dass <<in erster Linie der Beschwerdeführer für die Sicherheit d er Offiziersschüler verantwortlich >> w ar, anerkennt dieser denn auch (Beschwerdeschrift S. 5). 3. - Das Militiirkassationsgericht vermag dagegen der Vorinstanz darin nicht zu folgen,

dass der Beschwerdeführer nach der telephonischen Vereinbarung mit dem Abt Kdt zu weiteren Massnahmen verpflichtet gewesen wäre. Die Vereinbarung war dahin gegangen, dass hinfort nur noch auf Befehl (sinngemässer: mit Ermächtigung) des Beschwerdeführers geschossen werde. Diese Vereinbarung bezog sich ersichtlich auf die Sicherheit der Besucher und zeigt, dass sich beide Gesprächspartner grundsätzlich der Gefahr bewusst waren. Daraus durfte der Beschwerdeführer in erster Linie ableiten, sein Gesprächspartner sei sich über die Tragweite klar und würde wirksam für die strikte Einhaltung der Ahrede sorgen, wozu er als auf dem BeobP beim Schiesskdt stationierter, mit voller Befehlsgewalt ausgestatteter Abt I(dt befugt und in der Lage war. Er hatte die Feuerkompetenz in der Hand (Art Regl I Ziff. 182; Art Regl XII/1a Ziff. 101, vgl. Ziff. 47, 48, 63), und er hat sie auf dem normalen Weg eines Offiziersgesprächs (vgl. Art Regl XII/1A Ziff. 56, 65) in zweckmässiger und klarer Weise an den Beschwerdeführer im Sinne seiner Zustimmungsbedürftigkeit delegiert. 4. - In dieser Lage war der Beschwerdeführer nicht verpflichtet, weitere Sicherheitsmassnahmen zu treffen. Die Vorinstanz wirft ihm im wesentlichen vor, nichts vorgekehrt zu haben für den Fall, dass sich der Abt Kdt an seine eigene Anordnung nicht halten sollte; sie rechnet ihm als pflichtwidrige Unvorsichtigkeit an, dass er dem klaren Willen seines funktionsmässig vorgesetzten Kameraden volles Vertrauen entgegenbrachte. Das Militärkassationsgericht hat in seinem Urteil vom 21. April 1965 i. S. Sch. dazu ausgeführt: <<Es ist mit dem hierarchischen Aufbau der Armee und mit den Prinzipien der Disziplin nicht vereinbar, dass Untergebene die Innehaltung der Verpflichtungen ihrer Vorgesetzten kontrollieren. Nur wenn manifeste Gefahr festgestellt ist oder im Laufe der Übung auftritt, sind ... die Untergebenen verpflichtet, zusätzliche Vorkehrungen zu treffen.>> (Vgl. auch Urte. des MKG vom 27. 5. 68 i. S. v. M.) Aber auch abgesehen vom besondern Gesichtspunkt der Rangordnung wäre in der Armee so wenig wie in einer zivilen Organisation ein rationeller

Nr. 37 84 Betrieb möglich., wenn man sich stets mittels ausserordentlichen Massnahmen für den Fall vorsehen müsste., dass die zuständige Person ihre Aufgabe nicht oder mangelhaft erfülle. Obwohl ein Versagen stets möglich ist., muss ein Vorbehalt nur angebracht werden., wenn mit einer solchen Möglichkeit nach den ganz konkreten Umständen ernsthaft gerechnet werden muss (vgl. MKGE 7 Nr. 21 Erw. II zum Fall des Vertrauens in einen Untergebenen). Es ist vor allem an Fälle zu denken., in welchen erkennbar schlecht geeignete oder erst in Ausbildung stehende Personen mit einer Aufgabe betraut sind., bei deren nicht richtiger Erfüllung etwas auf dem Spiel steht., oder in denen konkrete Gründe vorliegen., an richtiger Besorgung durch einen sonst ausreichend qualifizierten Wehrmann zu zweifeln. Dann kann es je nach den Umständen einem andern Wehrmann zum Vorwurf gereichen., wenn er zumutbare zusätzliche Massnahmen nicht getroffen hat. Im vorliegenden Fall war indessen der Vereinbarungspartner des Beschwerdeführers ein erfahrener Artillerist., der gleich ihm den Majorsgrad abverdiente., und mit dem er bereits kameradschaftlich zusammengearbeitet hatte., ohne dass irgend etwas bekannt geworden wäre., das gegen begründetes Vertrauen gesprochen hätte. Allerdings befand sich Hptm M. erst in der letzten Phase seiner Ausbildung zum Abt Kdt. Doch bedurfte es keiner höherer Qualifikationen., um die Absprache in ihrer Bedeutung zu erfassen und genau durchzuführen. Der Beschwerdeführer durfte sich also auf die genaue Durchführung der Absprache verlassen und brauchte nicht damit zu rechnen, dass aufgrund der Bejahung einer unsachgemässen Anfrage ohne eine von ihm gegebene oder veranlasste Zustimmung geschossen würde. Dass er dieses Vertrauen auch tatsächlich hegte., zeigt seine Reaktion auf die Meldung des Kdt 2. Btr. 5. - Bei dieser Lage wirft ihm

die Vorinstanz zu Unrecht vor, er hätte sogleich nach seiner Absprache mit dem Abt I (dt dem Abteilungsfeuerleitoffizier bedeuten sollen., dass ein allfälliger Feuerauslösungsbefehl erst dann an die Bttr weitergegeben werden dürfe., wenn er., der Stellungs- kommandant., es erlaube. Die praktische Möglichkeit dazu hätte der Beschwerdeführer zwar gehabt. Doch nach artilleristischen Gesichtspunkten hatte der Stellungskommandant zur kritischen Zeit aus den vorhergehenden Erwägungen keinen zwingenden Anlass, dem Feuerleitoffizier einen derartigen Befehl zu erteilen. Die Feuerleitoffiziere sind verantwortlich für die Erfüllung der ihnen durch die zuständigen Schiesskommandanten erteilten Feueraufträge (Art Regl XIIjLA Ziff. 207); sie dürfen solche nur entgegennehmen., wenn sie im Besitze eines Feuerunterstellungsbefehls sind (a. a. O. Ziff. 208). Feuerunterstellungsbefehle zu erteilen., ist grundsätzlich nicht der Stellungskommandant befugt., sondern allein der zur Behandlung der Feuerbegehren zuständige Kommandant (a. a. O. Ziff. 48.,

85 Nr. 37, 38 49), ausser etwa im Falle eines akuten, für diesen nicht wahrnehmbaren Notstands. Im Abteilungsverband., der am 19. Mai 1967 bei Les Paccots eingesetzt war, lag diese Zuständigkeit zweifellos beim Abt Kdt, von dem die grundlegenden Anordnungen für die Schiessübung ausgingen (act. 14). Nur er war unter den obwaltenden Umständen kompetent, die Feuerleitstelle auf Änderungen der ursprünglichen Feuerunterstellung zu verpflichten (a. a. O. Ziff. 58). Hätte somit der Beschwerdeführer im kritischen Zeitpunkt von sich aus dem Feuerleitoffizier verbieten wollen., nach dem bisherigen Feuerunterstellungsverhältnis zu handeln, hätte er sich damit eine Befugnis des Abt I (dt angemasst und zudem den - hierarchisch zu vermeidenden - Eindruck erwecken können., er misstrau ihm. Solchermassen einzugreifen, war der Beschwerdeführer auch nicht etwa aufgrund der Regel ermächtigt, wonach der Stellungskommandant die Ausbildung der Feuerleitstelle leitet und deren Arbeit im Einsatz überwacht; denn diese Aufgabe oblag am kritischen Tag dem Major L. (act. 43 s. 17). 6. - Weil der Beschwerdeführer, wie ausgeführt, davon ausgehen durfte, dass kein Schuss ohne sein Einverständnis abgegeben werde., war es auch keine pflichtwidrige Unterlassung., wenn er für die erwartungsgemäss nur noch kurze Zeit bis zur Feuerauslösung die Verschlüsse der Geschütze nicht sichern liess. Nach Art Regl IV <<Die 10.,5 em Haubitze>>., Ziff. 118., kann <<das Kommando: .. Verschluss sichern ! ... bei längeren Feuerpausen gegeben werden. >> 7. - Aus dem gleichen Grund war der Beschwerdeführer auch nicht gehalten., den Besuchern das Tragen der Gehörschutzpfropfen zu befehlen., was übrigens dem Verständnis der Erklärungen durch die Artilleristen hinderlich gewesen wäre. Daher kann dahingestellt bleiben., wen überhaupt die Verantwortung für das Tragen der Gehörschutzpfropfen getroffen hätte. 8. - War demnach der Beschwerdeführer zu keinen besonderen Schutzmassregeln verpflichtet., muss er von Schuld und Strafe freigesprochen werden. Es besteht kein Anlass., ihm trotz dem Freispruch Verantwortungskosten gemäss Art. 163 Abs. 2 MStGO aufzuerlegen. (25. Februar 1969, R. e. DG 10 B)

### **E. 38**

Revision (Art. 199 MStGO). Bei Vorliegen eines Revisionsgrundes ist dem Revisionsbegehren nur stattzugeben, wenn das Divisionsgericht bei seinem ersten Urteil vermutlich anders entschieden hätte, und wenn es nach dessen Aufhebung anders entscheiden kann.

Nr. 38 86 Zusatzstrafe (Art. 68 Ziff. 2 StGB -Art. 49 Ziff. 2 MStG). Der Richter, der eine Zusatzstrafe auszusprechen hat, muss die Gesamtstrafe so bestimmen, wie wenn er

sämtliche Taten abzuurteilen hätte. Es sind die Unterlagen massgebend, die ihm - dem zweiten Richter - bekannt sind. Revision (art. 199 OJPPM). Une demande de revision - dont par ailleurs les conditions de fait sont réalisées - ne saurait être admise que si une décision différente aurait été prise, selon toute vraisemblance, par le tribunal de division lors de son premier jugement et si elle peut l'être encore après la mise à néant de ce jugement. Peine additionnelle (art. 68, eh. 2 CPS et art. 49, eh. 2 CPM). Le juge auquel il appartient de prononcer une peine additionnelle doit fixer la peine d'ensemble comme si c'était à lui qu'il incombait de rendre un jugement pour tous les actes commis. Il doit tenir compte des éléments dont il a connaissance lui-même. Revisione (art. 199 OGPPM). Quando un presupposto per la revisione è adempiuto, la domanda di revisione può essere accolta solo quando il tribunale di divisione al momento del primo giudizio avrebbe presumibilmente giudicato in modo diverso e quando, dopo l'annullamento della sentenza di questo, può giudicare in modo diverso. Pena suppletiva (art. 68 eif. 2 CPS - art. 49 eif. 2 CPM). Il giudice che pronuncia una pena suppletiva deve fissare quella complessiva come se spettasse a lui di giudicare tutti i reati. Devono essere presi in considerazione tutti i fattori noti a lui, secondo giudice. Aus dem Sachverhalt: Das Divisionsgericht verurteilte einen Leutnant wegen Diebstahls usw. zu einer Gefängnisstrafe von 1 Jahr, zur Degradation, zum Ausschluss aus dem Heere und zur Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit auf die Dauer von 4 Jahren. In der Folge verurteilte das Bezirksgericht Bülach den degradierten Leutnant wegen früherer bürgerlicher Diebstähle usw. zu einer Zusatzstrafe von 5 Monaten Gefängnis. Es berücksichtigte dabei ein im bürgerlichen Strafverfahren eingeholtes psychiatrisches Gutachten, das zum Schluss kam, die Fähigkeit des Verurteilten, das Unrecht der Tat einzusehen, sei in geringem Masse, die Fähigkeit, gemäss der Einsicht in das Unrecht zu handeln, in mittlerem Grade herabgesetzt gewesen. Der Verurteilte verlangt Revision des divisionsgerichtlichen Urteils. Aus den Erwägungen: 3. - Das ganze Revisionsverfahren ist darauf angelegt, bei mangelhafter Beweisgrundlage eines Urteils dessen Berichtigung herbeizuführen.

87 Nr. 38 Es ergibt sich aus dem Wesen der Revision, dass ein Gesuch nur gutzuheissen ist, wenn das Divisionsgericht bei seinem ersten Urteil vermutlich anders entschieden hätte und wenn es nach dessen Aufhebung anders urteilen kann. In Fällen wie dem vorliegenden muss demnach als weitere Voraussetzung hinzutreten, dass das Divisionsgericht im Anschluss an die Gutheissung des Revisionsbegehrens rechtlich in der Lage ist, ein dem Gesuchsteller günstigeres Urteil zu fällen. Dies ist hier gesondert nach der Haupt- und den einzelnen Nebenstrafen zu prüfen. a) Das Bezirksgericht hat gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB eine Zusatzstrafe zu der vom Divisionsgericht verhängten Hauptstrafe ausgesprochen. Es ist umstritten, ob ein hürgerliches Gericht eine Zusatzstrafe zu der von einem Militärgericht verhängten Strafe aussprechen darf (zunächst hejahend das Obergericht des Kantons Zürich, vgl. SJZ 1942/43 S. 413; nachher verneinend, vgl. BIZR 1950 Nr. 64 S. 121 ff.). Das Militärkassationsgericht hat nicht darüber zu entscheiden, ob das Bezirksgericht Bülach das Strafgesetz in diesem Punkt richtig angewandt habe; es hat aber vorfrageweise abzuklären, welche Bedeutung der von diesem Gericht verhängten Strafe zukomme. aa) Es hestehen zunächst keine triftigen Gründe, dem hürgerlichen Richter überhaupt zu verbieten, eine Zusatzstrafe zu einer von einem Militärgericht ausgesprochenen Strafe auszufällen. Gegen ein solches Verbot spricht schon die Regel des Art. 221 MStG, wonach dem hürgerlichen Richter die Beurteilung militärischer Straftaten übertragen werden kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber zulassen würde, dass der bürgerliche Richter Straftaten beurteilen kann, die an sich unter

die militärische Gerichtsbarkeit fallen, und weshalb er verhindern sollte, dass der bürgerliche Richter bei der Bestimmung einer Gesamtstrafe gemäss Art. 68 StGB auch die von einem Militärgericht beurteilten Taten einbezieht. Dem militärischen Richter ist kraft Art. 49 Ziff. 2 Abs. 2 MStG sogar vorgeschrieben, eine Zusatzstrafe auszufällen, wenn das frühere Urteil von einem bürgerlichen Gericht ausgesprochen wurde. Darf der militärische Richter zu einer von einem bürgerlichen Gericht verhängten Strafe eine Zusatzstrafe aussprechen, so ist nicht einzusehen, weshalb dem bürgerlichen Richter die gleiche Befugnis versagt sein sollte. Entscheidend muss der Grundsatz bleiben, dass dem Täter kein Nachteil erwachsen darf, wenn nicht alle Straftaten gleichzeitig beurteilt werden. Zuständigkeitsfragen, mögen sie an sich noch so bedeutungsvoll sein, dürfen sich nicht nachteilig bei der Zumessung der gerechten Strafe auswirken. bb) Der Richter, der eine Zusatzstrafe auszusprechen hat, muss die Gesamtstrafe so bestimmen, wie wenn er sämtliche Taten - die bereits beurteilten und die neu zu beurteilenden - abzuurteilen hätte (MKGE 4

Nr. 38 88 Nr. 169 Erw. A~ 6 Nr. 42 Erw. 4; BGE 73 IV 89). Es sind die Unterlagen für die Strafzumessung massgebend, die ihm - dem zweiten Richter - bekannt sind. Der Richter, der die Zusatzstrafe ausfällt, urteilt so, wie er es für richtig hält, nicht wie der die Grundstrafe ausfällende Richter vermutlich getan hätte, wenn ihm alle vom Angeklagten begangenen Handlungen zur Beurteilung überwiesen gewesen wären (MKGE 6 Nr. 42 Erw. 4). Das Bezirksgericht Bülach hatte deshalb bei der Bestimmung der Gesamtstrafe zu berücksichtigen, dass der Gesuchsteller bei Begehung der vom Divisionsgericht beurteilten und der von ihm selbst zu beurteilenden Straftaten vermindert zurechnungsfähig war. So ist das Bezirksgericht auch vorgegangen, was sich aus dem an den Oberauditor gerichteten Brief des Präsidenten ergibt. Danach wurde die Zusatzstrafe so festgesetzt, dass mit der Gesamtstrafe von 17 Monaten Gefängnis sowohl die vom Divisionsgericht "wie die vom Bezirksgericht beurteilten Straftaten dem Ver schulden entsprechend abgegolten wurden; dabei sei auch für die vom Divisionsgericht beurteilten Verfehlungen eine gewisse Verminderung der Zurechnungsfähigkeit des I-1. berücksichtigt worden. Damit ist auf dem Wege über die Zusatzstrafe bereits angerechnet worden, dass der Gesuchsteller bei Begehung der vom Divisionsgericht beurteilten Handlungen vermindert zurechnungsfähig war. Wäre das Bezirksgericht davon ausgegangen, der Gesuchsteller habe die von ihm beurteilten Taten bei voller Zurechnungsfähigkeit ausgeführt, hätte es die Zusatzstrafe entsprechend höher angesetzt. Bei dieser Rechtslage kann das Divisionsgericht wegen der verminderten Zurechnungsfähigkeit des Gesuchstellers keine geringere Strafe aussprechen, da das Bezirksgericht dieser neuen Tatsache bei Bemessung der Zusatzstrafe bereits Rechnung trug, die (Korrektur des militärgerichtlichen Urteils, auf welche das Revisionsgesuch abzielt, demnach schon vorgenommen hat. Das Divisionsgericht hat deshalb keinen Grund, sein Urteil hinsichtlich der Hauptstrafe zu ändern. b) Nach der Ansicht des Oberauditors kann die dem Gesuchsteller nachträglich zugebilligte verminderte Zurechnungsfähigkeit auch auf die vom Divisionsgericht ausgesprochenen Nebenstrafen keinen Einfluss haben. Das trifft ohne Zweifel auf die Degradation und den Ausschluss aus dem Heere zu. Diese Nebenstrafen hätten ausgesprochen werden müssen, selbst wenn dem Gericht die - übrigens nicht in bedeutendem Masse - verminderte Zurechnungsfähigkeit bekannt gewesen wäre. Fraglich ist einzig, ob das neue Beweismittel des psychiatrischen Gutachtens hinsichtlich der Nebenstrafe der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit zur Revision führen kann. Wird ein Täter zu einer Gefängnisstrafe verurteilt, kann ihn das Militärgericht für ein bis fünf Jahre in der

bürgerlichen Ehrenfähigkeit einstellen, wenn seine Tat eine ehrlose oder gegen die Landesverteidigung gerichtete Gesinnung bekundet (Art.

89 Nr. 38, 39 29 Abs. 2 MStG). Es ist dem Urteil des Divisionsgerichts nicht zu entnehmen, aus welchen Gründen der Gesuchsteller auf die Dauer von 4 Jahren in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellt worden ist. Vermutlich ist das Divisionsgericht davon ausgegangen, die Taten des H. bekundeten eine ehrlose Gesinnung. Möglicherweise hätte das Divisionsgericht die Charaktermängel, sei es bei der Anordnung, sei es bei der Bestimmung dieser Nebenstrafe, zugunsten des Gesuchstellers anders bewertet, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass H. an einer schweren neurotischen Fehlentwicklung leidet. Bestehen Anhaltspunkte für die Annahme, das Urteil vom 11. Juli 1968 wäre in diesem Punkte für H. günstiger ausgefallen., so ist das Revisionsbegehren gutzuheissen. 4. - ... (25. Februar 1969, H. e. DG 12)

### **E. 39**

Dienstverweigerung aus Gewissensgründen, Stellungspflichtiger, Ausschliessung aus dem Heere (Art. 81 Ziff. 2 MStG). Auch ein erststellungspflichtiger Dienstverweigerer aus Gewissensgründen kann aus dem Heere ausgeschlossen werden. Refus de servir pour des motifs de conscience, hotnnte astreint au service, exclusion de l'armée (art. 81, eh. 2 CPM). On peut exclure de l'armée un objecteur de conscience même s'il n'a pas encore été recruté. Rifiuto del servizio per motivi di coscienza, persona soggetta all'obbligo di reclutamento, esclusione dall'esercito (art. 81 cif. 2 CPM). Si puo escludere dall'esercito an eh e l'obietto di coscienza an eh e se e soltanto soggetto all'obbligo di reclutamento. Aus den Erwägungen: 2. - Gemäss Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1 MStG wird der Dienstverweigerer mit Gefängnis bestraft. Als Dienstverweigerer gilt sowohl der Dienstpflichtige wie auch der erststellungspflichtige., der einem Aufgebot nicht gehorcht. Handelt der Täter aus religiösen oder ethischen Gründen in schwerer Gewissensnot, so kann er gemäss Ziff. 2 von Art. 81 MStG mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Haft bestraft werden; von der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ist abzusehen, und der Richter kann den zu Gefängnis oder Haft verurteilten aus dem Heere ausschliessen. Die Gefängnisstrafe ist in den Formen der Haftstrafe zu vollziehen; von einer Strafschärfung wegen Rückfalls ist., wenn lediglich Tatbestände der Dienstverweigerung aus Gewissensgründen vorliegen., abzusehen. Diese Sonderregelung gemäss Art. 81 Ziff. 2 MStG wird nach dem Aufbau des Nr. 39 90 Artikels allen Dienstverweigerern aus Gewissensgründen zugebilligt., sowohl den Stellungspflichtigen wie den bereits Ausgehobenen. 3. - Die Einwendung., der Ausschluss aus dem Heere setze voraus., dass der Täter schon dem Heere angehöre., geht fehl. Ausschluss aus dem Heere bedeutet Verhinderung an der Dienstleistung im Heere. An der Dienstleistung im Heere müssen sowohl bereits eingeteilte Wehrmänner wie erststellungspflichtige Bürger gehindert werden., wenn das Interesse der Reinhaltung der Armee dies nahelegt (vgl. in diesem Sinne bezüglich Art. 17 MO: Baer, Der Ausschluss aus der Armee nach schweizerischem Recht., Diss. 1941., S. 50/51). - Es ist keine ungewöhnliche Situation., dass jemand von einer besonderen Rechtsstellung ausgeschlossen wird, bevor er den entsprechenden Status erlangt hat. So kann ein noch nicht volljähriger Verurteilter bereits in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellt werden (vgl. Hafter., Schweizerisches Strafrecht., Band I, S. 313); der Entzug der elterlichen Gewalt wirkt auch gegenüber Kindern, die erst später geboren werden (Art. 285 Abs. 3 ZGB). Die Zulassung des Ausschlusses von erststellungspflichtigen drängt sich auch deshalb auf, weil diese gemäss Art. 81 MStG bei Nichtbefolgung eines Aufgebotes als

Dienstverweigerer oder wegen Dienstversäumnis bestraft werden, also wie Dienstpflichtige behandelt werden; sie sollen daher von den Militärgerichten auch wie Dienstpflichtige aus dem Heere ausgeschlossen werden können. Diese Auslegung des Gesetzes entspricht den Absichten, die der Revision des Art. 81 MStG, namentlich hinsichtlich der Regelung für die Dienstverweigerer aus Gewissensgründen., zugrunde gelegen haben. Mit der neuen Fassung dieses Artikels vom 5. Oktober 1967 wollte der Gesetzgeber u. a. die Möglichkeit des Ausschlusses aus dem Heere erweitern; er hat sie daher auch bei blosser Verurteilung zu einer Haftstrafe vorgesehen. Diesen Grundgedanken würde es widersprechen, wenn der noch nicht ausgehobene Dienstverweigerer von den Militärgerichten nicht aus dem Heere ausgeschlossen werden könnte und demgemäss., so lange er im dienstpflichtigen Alter steht, mindestens einmal jährlich zu einer Aushebung aufgeboten und bei Nichterscheinen jedesmal wieder militärgerichtlich bestraft würde. Eine derartige Ordnung., die einer wesentlich härteren Erfassung der erst Stellungspflichtigen gleichkame., schiene auch unvernünftig. Sie kann nicht Wille des Gesetzes sein. 4. - Es ergibt sich somit, dass jedenfalls im Bereiche des Art. 81 MStG - auch ein erst Stellungspflichtiger aus dem Heere ausgeschlossen werden kann. Das Divisionsgericht 12 hat daher das Gesetz nicht verletzt, als es J. bei der dritten Nichterfolgung des Aufgebotes zur Aushebung nicht nur mit Gefängnis bestraft., sondern ihn gleichzeitig aus dem Heer ausgeschlossen hat. Der Entscheid des Divisionsgerichts 12 hält sich auch im Rahmen vernünftigen Ermessens, werden doch Dienstverweigerer aus 91 Nr. 39,40 Gewissensgründen nach der Praxis der Militärgerichte in der Regel nach der zweiten oder dritten Verurteilung aus dem Heer ausgeschlossen. 5. - ... (23. Mai 1969, J. e. DG 12)

#### **E. 40**

Le refus de servir (art. 81., eh. 1., 1<sup>er</sup> al. CPM) et l'insoumission intentionnelle (2<sup>e</sup> al.) sont des cas particuliers de la désobéissance (art. 61 CPM). Les deux premières se distinguent entre elles d'après l'élément intentionnel. Elles sont réalisées même si., tout en refusant d'accomplir son service., l'auteur s'est présenté à l'entrée en service. Dienstverweigerung (Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1 MStG) und vorsätzliche Dienstversäumnis (Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG) sind Spezialtatbestände des Ungehorsams (Art. 61 MStG). Massgebliches Unterscheidungsmerkmal ist der Vorsatz. - Dienstverweigerung und Dienstversäumnis liegen auch vor., wenn der Täter zwar einrückt., jedoch sich weigert., den Dienst zu leisten. Rifiuto del servizio (art. 81 cif. 1 cpv. 1 CPM) e omissione intenzionale del servizio (art. 81 cif. 1 cpv. 2 CPM) sono casi speciali di disobbedienza (art. 61 CPM). Criterio distintivo è l'intenzione. Si ha rifiuto e omissione intenzionale del servizio anche quando il reo entra in servizio., ma si rifiuta tuttavia di compierlo. Extrait des faits: A la visite sanitaire d'entrée, un militaire s'entend refuser toute dispense, contrairement à son désir. Il se couche alors par terre devant la troupe, refuse de se lever et de s'équiper et répond à son commandant: << Vous me faites chier avec votre armée. >> Le tribunal de division l'a condamné pour insoumission intentionnelle (art. 81, eh. 1, 2<sup>e</sup> al. CPM). Extrait des motifs: 2. - Il y a lieu de rappeler que les délits de refus de servir et d'insoumission ne constituent que des cas particuliers de celui de désobéissance (art. 61 CPM), avec lequel ils se trouvent en concours imparfait; la désobéissance ne saurait donc être retenue sitôt qu'est réalisée l'une des deux infractions premières nommées (ATMC 5, no 118; 6, no 14). Or, ces infractions peuvent l'être, même si leur auteur s'est présenté à l'entrée en service, et par l'ordre de marche reste en vigueur pour toute la durée du service et implique pour le militaire l'

obligation de se tenir à la disposition de son corps jusqu'à une dispense éventuelle (ATMC 7, no 40). Reste des lors à déterminer ce à quoi visait le recourant par son attitude. Selon le jugement attaqué, ce n'était pas seulement à refuser de se

Nr. 40,41 92 lever, de s'équiper et de rejoindre la troupe pour la prise du drapeau, mais bien en à s'opposer d'une manière générale à son obligation de faire le service. Le Tribunal de division a tiré cette conclusion de deux constatations de fait: la réponse précitée que le fusilier J. a donnée à son commandant et une déclaration qu'il a faite au juge d'instruction, selon laquelle il était animé du désir d'être renvoyé. Ces constatations lient la Cour de cassation, sous réserve de l'arbitraire. Le recourant ne critique d'ailleurs que le surinterprétation; mais cette dernière fait d'autant moins de doute qu'elle a dû être celle des assistants eux-mêmes, puisque le commandant d'unité a estimé qu'une arrestation immédiate s'imposait. Ainsi donc, la qualification de l'infraction, conforme à la jurisprudence (arrêt du TMC du 12. 9. 67, en la cause cpl H., cons.1), est bien fondée en fait et en droit, et le moyen y relatif doit être rejeté. 3. - ... (3 juillet 1969, J. e. TD I O A)

#### **E. 41**

Mündliche Urteilsbegründung (Art. 164 Abs. 2 MStGO). Schriftliche Urteilsbegründung (Art. 161 MStGO). Kassationsbeschwerde (Art. 188 Abs. 1 Ziff. 5 MStG). Die Bekanntgabe der wesentlichen Entscheidungsgründe bei der mündlichen Urteilsöffnung dient lediglich der vorläufigen Orientierung der Parteien. Massgebend ist allein die schriftliche Urteilsbegründung. Communication verbale des motifs (art. 164, al. 2 OJPPM). Exposé écrit des motifs (art. 161 OJPPM), recours en cassation (art. 188, 1er al., eh. 5 OJPPM). L'indication du contenu essentiel des motifs lors du rapport du jugement en audience publique ne vise qu'à en informer les parties à titre provisoire. Seul fait foi l'exposé des motifs rédigé par écrit. Comunicazione verbale dei motivi della sentenza (art. 164 cpv. 2 OGPPM). Motivazione scritta (art. 161 OGPPM), ricorso per cassazione (art. 188 cpv. 1 cif. 5 OGPPM). La comunicazione del contenuto sostanziale dei motivi serve unicamente a informare le parti in via preliminare. Relevante e soltanto la motivazione scritta. Aus den Erwägungen: 3. - Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, es sei ihm in der mündlichen Urteilsbegründung <<Arbeitsscheu >> vorgeworfen worden, was offenbar bei der Strafzumessung berücksichtigt worden sei, während sich in der schriftlichen Urteilsausfertigung die aktenwidrige Annahme der Arbeitsscheu nicht finde. Die mündliche Begründung des Urteils, welche der Grossrichter gegeben hat, dient einer vorläufigen Unterrichtung der Parteien. Massgebend ist allein die schriftliche Urteilsbegründung. Darin hat das Gericht die Gründe, welche es bei der Strafzumessung in die Waage-

93 Nr. 41, 42 schale legte, im einzelnen dargelegt. Da darin von Arbeitsscheu nicht die Rede ist, ist davon auszugehen, das Gericht habe bei Zumessung der Strafe keine solche angenommen. Falls der Grossrichter bei der mündlichen Orientierung der Parteien über die wesentlichen Urteilsgründe in einem bestimmten Zusammenhang von Arbeitsscheu gesprochen hat, wäre eine solche Feststellung übrigens entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht aktenwidrig gewesen: in einem Ergänzungsbericht der Polizeistation E. sind Angaben wiedergegeben, nach welchen der Beschwerdeführer zeitweise überhaupt nicht zur Arbeit erschien, <<unregelmässig zur Arbeit ging>> und <<nicht sehr gerne arbeitete>>. Ob der Grossrichter tatsächlich von Arbeitsscheu gesprochen habe, kann aber offen bleiben, da allein die im schriftlichen Urteil enthaltenen Motive massgebend sind und eine allenfalls damit nicht völlig übereinstimmende mündliche Begründung nicht

zur Kassation des Urteils führen kann. (25. September 1969, S. e. DG 6)

#### **E. 42**

Dienstverweigerung aus Gewissensgründen, Begriff des Handelns aus ethischen Gründen (Art. 81 Ziff. 2 MStG). Nicht jede beliebige persönliche Philosophie kann als ethischer Grund für eine Dienstverweigerung anerkannt werden. Der Richter hat zu erwägen, welcher Wert objektiv gesehen den Anschauungen des Täters zukommt. Er hat dabei nicht nur die Belange des konkreten Falles, sondern auch die Bedürfnisse der Landesverteidigung zu berücksichtigen. - Art. 81 Ziff. 2 MStG trifft nur zu, wenn die ethischen Gründe den Täter in schwere Gewissensnot bringen. Der kategorische Imperativ des Sittlichen muss den Täter, der sich auf ethische Gründe beruft, vor seinem Gewissen in eine ausweglose Lage bringen, vergleichbar mit jener des religiösen Täters, der um das Heil seiner Seele bangt (Erw. 1/1). Achtungswerte Beweggründe (Art. 45 MStG) sind nicht gegeben, wenn der Täter zur Dienstverweigerung auffordert, um den sofortigen Beitritt der Schweiz zur UNO zu erwirken und das Wehrbudget zu kürzen (Erw. 1/2). Einziehung gefährlicher Gegenstände (Art. 41 MStG). Beschlagnahme eines Megaphons, mit dem der Täter zur Dienstverweigerung auffordert hatte; Anhaltspunkte für weitere Verwendung (Erw. 11/5). *Objection de conscience, notion de «convictions morales»* (art. 81, eh. 2 CPM). On ne saurait voir des convictions «morales», motivant le refus de servir, dans n'importe quelle philosophie personnelle. Le juge doit examiner quelle valeur il convient d'attribuer - d'un point de vue objectif - aux conceptions de l'auteur. Il prendra en considération à cet effet non seulement l'importance que revêt le cas d'espèce, mais encore les intérêts de la

Nr. 42 94 défense nationale. L'article 81, eh. 2 du CPM ne s'applique que si, du fait de ses convictions morales, l'auteur a agi à la suite d'un grave conflit de conscience. Un impératif catégorique d'ordre moral doit l'avoir mis, pour qu'il puisse se prévaloir de convictions morales, dans une situation sans issue au regard de sa conscience, à l'instar de l'objecteur religieux qui craint pour le salut de son âme (cons. 1/1). *Motivi onorevoli* (art. 45 CPM). Ne peut s'en réclamer celui qui provoque autrui au refus de servir en vue d'obtenir que la Suisse adhère immédiatement à l'ONU et réduise son budget militaire (cons. 1/2). Confiscation d'objets dangereux (art. 41 CPM). Confiscation d'un mégaphone ayant servi à provoquer au refus de servir; critères d'une utilisation ultérieure des objets (cons. 11/5). *Rifiuto del servizio per motivi di coscienza, concetto di convinzioni morali* (art. 81 cif. 2 CPM). Non ogni filosofia personale può essere considerata come convinzione morale per il rifiuto del servizio. Il giudice deve vagliare il valore che può essere attribuito, dal punto di vista oggettivo, alle convinzioni del reo. Dovrà tener presente non soltanto l'importanza del caso concreto, ma altresì le esigenze della difesa nazionale. L'art. 21 cif. 2 è applicabile soltanto se le convinzioni morali causano al reo un grave conflitto di coscienza: il reo, che invoca le convinzioni morali, deve venire a trovarsi di fronte alla sua coscienza, in forza dell'imperativo categorico di ordine morale, in una situazione senza vie di uscita, paragonabile a quella di chi commette un reato per motivi religiosi, perché teme per la salvezza della propria anima (cons. 1/1). *Motivi onorevoli* (art. 45 CPM). Non sussistono quando il reo provoca al rifiuto del servizio per ottenere l'entrata della Svizzera nell'ONU e la riduzione dei conti per le spese militari. Confisca di oggetti pericolosi (art. 41 CPM). Confisca di un megafono che aveva servito per provocare al rifiuto del servizio; presagi per una nuova utilizzazione (cons. 11/5). *Aus den Erwägungen: I. Beschwerde des Auiditors: Das Divisionsgericht hat den Angeklagten mit guten Gründen von der Anklage des*

Missbrauchs von Material entschädigungslos freigesprochen, dagegen schuldig erklärt der Aufforderung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten und der fortgesetzten Dienstverweigerung. Das anerkennen sowohl der Auditor als auch der Angeklagte. Der Streit geht einzig darum, ob dem Angeklagten die Privilegierung nach Art. 81 Ziff. 2 des 1967 geänderten MStG zugute komme und ob er sich auf achtungswürdige Beweggründe im Sinne von Art. 45 MStG berufen könne. Das Divisionsgericht hat dies angenommen; der Auditor sieht in dieser Annahme eine Verletzung des MStG im Sinne von Art. 188 Abs. 1 Ziff. 1 MStGO.

95 Nr. 42 I. - Wer, in der Absicht, seine Dienstpflicht zu entziehen, einem Aufgebot nicht gehorcht, wird mit Gefängnis bestraft (Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1 MStG). Handelt der Täter aus religiösen oder ethischen Gründen in schwerer Gewissensnot, so wird er mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Haft bestraft. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz macht der Angeklagte keine religiösen Gründe geltend, um nach Ziff. 2 des Art. 81 MStG milder beurteilt zu werden. Er beruft sich ausschliesslich auf ethische Gründe, um seine Dienstverweigerung zu rechtfertigen. Nach der Rechtsprechung sind ethische Gründe unter dem Gesichtswinkel von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 MStG nur beachtlich, wenn sie den Täter in schwere Gewissensnot bringen (MKGE 8 Nr. 36 Erw. 2 a). Die beiden Tatbestandselemente müssen zusammen gegeben sein. a) Bei der Frage, ob ethische Gründe vorliegen, kann es nicht darum handeln, je der beliebigen persönlichen Philosophie einen höheren Wert zuzubilligen, mögen diese Überlegungen eines Täters noch so ehrlich sein. Würde anders entschieden, so wäre allen möglichen Ubertreibungen Tür und Tor geöffnet, was dem Willen des Gesetzes nicht entspricht. Die ethischen Gründe sind von der Vorstellung über Gut oder Böse beherrscht und wenden sich an das Gewissen. Der Richter hat zu erwägen, welcher Wert - objektiv gesehen - den Anschauungen des Täters zukommt (MKGE 8 Nr. 36 Erw. 2a). Er hat dabei nicht nur die Belange des konkreten Falls, sondern auch die Bedürfnisse der Landesverteidigung zu berücksichtigen (Sten. Buli. StR 1967, S. 259, Votum Leu). R. erachtet als seine Aufgabe die Erhaltung des Weltfriedens und des menschlichen Lebens; mit den Mitteln, die heute für die Armee ausgegeben werden, will er die Hungersnot, die in weiten Gehieten der Welt herrscht, lindern. Diese Ziele sind auf die Kategorien von Gut und Böse ausgerichtet. Ob der Täter deshalb den Dienst aus ethischen Gründen im Sinne des Gesetzes verweigert hat, mag bezweifelt werden, kann indessen offen bleiben, wenn es am Erfordernis der schweren Gewissensnot fehlt. b) Schwere Gewissensnot im Sinne von Art. 81 Ziff. 2 MStG ist anzunehmen, wenn die ethischen Gründe den Täter in einen derartigen moralischen Notstand bringen, dass er dadurch zur Verweigerung des Militärdienstes innerlich geradezu gezwungen wird. Der kategorische Imperativ des Sittlichen muss den Täter, der sich auf ethische Gründe beruft, vor seinem Gewissen in eine ausweglose Lage bringen, vergleichbar der des religiösen Täters, der bei Erfüllung seiner militärischen Pflichten um das Heil seiner Seele bangt (MKGE 8 Nr. 36 Erw. 2a). Ein solcher Gewissenskonflikt besteht vor allem dann, wenn in der Vorstellung des Täters das allgemein ethisch begründete Verbot, nicht zu töten, und die Pflicht, in den bewaffneten Streitkräften zu dienen, aufeinander prallen (vgl. <<Zur

Nr. 42 96 Frage der Dienstverweigerung>> in Festschrift zum 100jährigen Bestehen der Offiziersgesellschaft Aarau 1868-1968, S. 45). R. wäre nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz bereit, in einer bewaffneten Streitmacht der vereinten Nationen zu dienen. Vom Standpunkt eines ethisch begründeten Tötungsverbots aus

gesehen, kann er somit eine Gewissensnot nicht glaubhaft machen; denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Dienst in der Schweizer Armee ihn in eine der Ver zweiflung nahe Geistesverfassung bringen sollte, solange die Vereinten Nationen bewaffnete Kontingente nationaler Streitkräfte unter ihrer Fahne in machtpolitischen Kämpfen einsetzen, wie dies z. B. in Korea geschehen ist. Nun begründet R. sein Vorgehen allerdings damit, er habe die schweizerische Öffentlichkeit wachrütteln und sie auf den gefährdeten Weltfrieden hinweisen wollen. Dies ist Ausdruck eines allgemein politischen Beweggrundes, der R. - objektiv gesehen - nicht in einen Gewissenskonflikt im Sinne der Rechtsprechung bringen konnte. Es standen R. legale Mittel zur Verfügung, um seine politischen Ansichten bekannt zu machen. Sein ganzes Verhalten vor und während der Untersuchung ist denn auch mehr von der Sorge um den Erfolg eines Kampfmittels für die politische Durchsetzung seiner Ideen als vom Ringen mit dem unausweichlichen Imperativ einer Entscheidung über Gut oder Böse beherrscht. Gerade in dieser verschiedenen Einstellung unterscheidet sich der von moralischen Vorstellungen gequälte Gesinnungstäter vom blossen Überzeugungstä-  
te r. 2. - Die Vorinstanz hat dem Angeklagten Handeln aus achtungs- werten Beweggründen zuerkannt und deshalb die Strafe nach Art. 46 MStG gemildert. Der Auditor macht geltend, die Vorinstanz verkenne den Sinn von Art. 45 MStG. Mit Recht. Der Angeklagte hat den Militär- dienst verweigert und einrückende Wehrmänner aufgefordert, ein Gleiches zu tun, u. a. um die Behörden zu zwingen, den sofortigen Beitritt zur UNO zu erklären sowie das Wehrbudget zu kürzen. Es wiegt aber in einem demokratischen Rechtsstaat schwer, eine rechtswidrige Handlung zu be- gehen, um auf die Gesetzgebung einzuwirken; denn d er demokratische Rechtsstaat ermöglicht dem Bürger gerade, in weitem Masse legal an der Fortbildung der Rechtsordnung teilzunehmen (MKGE 8 Nr. 8, Nr. 36 Erw. 3). Geht man hievon aus, so verdient das Verhalten des R. keine Strafmilderung im Sinne von Art. 46 MStG, gleichgültig, ob es um den Tatbestand des Art. 81 Ziff. 1 MStG oder jenen des Art. 98 MStG gehe. 3. - ... I I. Beschwerde des A ngeklagten 4. - ... 5. - R. und sein Verteidiger beantragen, es sei dem Angeklagten das beschlagnahmte Megaphon unbeschwert herauszugeben. Die Vorinstanz

97 Nr. 42, 43 hat das Megaphon als Gegenstand, der zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient hat bzw. dazu bestimmt war (vgl. MI(GE 4 Nr. 69), gestützt auf Art. 41 MStG eingezogen. Sie führt in der Begründung aus, hinsichtlich des Megaphons bestehe die Gefahr, dass dieses wiederum zur Begehung von strafbaren Handlungen verwendet werde. Der Angeklagte wendet bloss ein, die Beschlagnahme verletze die Eigentumsgarantie und d en direkt aus d er V erfassung fliessenden Grundsatz d er V erhältnismäs- sigkeit polizeilicher Eingriffe. Das Prinzip der V erhältnismässigkeit eine I- Massnahme habe auch bei strafrechtlichen und strafprozessualen Mass- nahmen Geltung (BGE 89 IV 137). Art. 41 MStG erlaubt ausdrücklich die Einziehung gefährlicher Ge- genstände; er stellt somit eine auf d en vorliegenden Fali zugeschnittene gesetzliche Grundlage für einen entschädigungslosen Eingriff in das V er- mögen des Angeklagten dar. Die Beschlagnahme verletzt auch nicht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit polizeilicher Eingriffe; denn es ist erwiesen, dass R. seit dem 21. Oktober 1968 weitere Aktionen mit Auf- forderungen zur Dienstverweigerung unternommen hat. Solche Unter- nehmungen werden aber durch den Gebrauch eines Megaphons erleich- tert. U nerheblich ist, das s de r Angeklagte si eh rechtmässig einen gleichen Gegenstand wieder beschaffen kann. 6. - ... (26. Septe 1 nber 1969~ R. e. DG 5)

Die Regel der Öffentlichkeit der Verhandlung des Divisionsgerichts ( Art. 65 MStGO) ist eine wesentliche Verfahrensvorschrift, deren Verletzung einen Kassationsgrund im Sinne von Art. 188 Abs. 1 Ziff. 5 MStGO bildet. Die Abhaltung einer Sitzung im Rathaus Schwyz mit zirka 30 Sitzplätzen für das Publikum und die Beschränkung der Zulassung des Publikums auf die Zahl der vorhandenen Sitzplätze verletzt den Grundsatz der Öffentlichkeit nicht (Erw. 2). Bei Dienstverweigerung aus Gewissensgründen (Art. 81 Ziff. 2 MStG) kommt eine Strafmilderung wegen achtungswerten Beweggründen ( Art.

#### **E. 45**

Urkundenfälschung ( Art.172 MStG) in Idealkonkurrenz mit Fälschung dienstlicher Aktenstücke (Art. 78 Ziff. 1 MStG) liegt vor, wenn ein Wehrmann einen entwendeten militärischen Führerausweis ( sog. graue Karte) auf seinen eigenen Namen ausstellt, mit dem Zusatz <<Gilt auch für Zivil>> ergänzt und mit der gefälschten Unterschrift seines Einheitskommandanten versieht, um trotz entzogenen bürgerlichem Lernfahrausweis im Urlaub den Wagen des Vaters benutzen zu können. Der privilegierte Tatbestand der Fälschung von Ausweisen ( Art. 252 StGB) entfällt, weil der Täter nicht sein Fortkommen erleichtern will (Erw. 2). Der militärische Führerausweis ist keine öffentliche Urkunde (Art. 175 Abs. 2 MStG) (Erw. 3). Kassationsverfahren (Art. 194 MStGO). Wenn das Militärkassationsgericht als Strafgericht urteilen muss, so berücksichtigt es bei der Strafzumessung wesentliche Umstände, die seit dem erstinstanzlichen Urteil eingetreten sind (Erw. 4). 11 y a concours idéal entre le faux dans les titres ( art. 172 CPM) et le faux dans les documents de service ( art. 78, eh. 1 CPM) lorsqu 'un militaire ayant dérobé un permis de conduire militaire ( dit carte grise) l'établit à son propre nom, y a j ou te la mention <<valable aussi au civil >> et le muni t de la signature contrefaite de son commandant d'unité, afin de pouvoir, malgré le retrait de son permis civil d'élève-conducteur, conduire pendant son congé la voiture de son pere. L'élément spécifique du délit privilégié de faux dans les certificats (art. 252 CPS) fait défaut, parce que l'auteur n'a pas le dessein d'améliorer sa situation ( cons. 2). Le permis de conduire militaire n'est pas un titre authentique ( art. 175, al. 2 CPM) ( cons. 3). Procédure de cassation ( art. 194 OJPPM). Lorsque le tribunal de cassation doit rendre lui-même le jugement définitif, il tient compte des cir-

Nr. 45 106 constances pertinentes pour la fixation de la peine qui sont postérieures au jugement de premiere instance (cons. 4). Falsità in documenti ( art. 172 CPM) in concorso ideale con falsità in documenti di servizio ( art. 78 cif. 1 CPM) si ha quando un milite, dopo essersi appropriato di una licenza militare per condurre (la cosiddetta carta grigia ), la in testa a se stesso con l' aggiunta <<valevole anche in civile >> e vi falsifica la firma del proprio comandante di unità, al fine di poter guidare durante il congedo la vettura paterna nonostante la revoca della licenza per allievi conducenti. Non si ha il reato privilegiato di falsità in certificati ( art. 252 CPS) perche il reo non intende migliorare la propria situazione ( cons. 2). La licenza militare di condurre non e un documento pubblico (at-t. 175 cpv. 2 CPM) ( cons. 3). Procedura di cassazione ( art.194 OGPPM). Quando il tribunal e militare di cassazione deve pronunciare esso stesso una nuova sentenza come tribunale penale, tiene conto per la commisurazione della pena di tutte le circostanze rilevanti successive al giudizio di prima istanza ( cons. 4 ). Aus den Erwägungen: 2. - Die aufS. 6ff. der Beschwerdeschrift behandelte Frage nach dem Verhältnis zwischen den Urkundendelikten des MStG, besonders Art. 172, und dem Art. 252 StGB, der im MStG kein Gegenstück hat, kann offen bleiben; denn das Divisionsgericht hat den Beschwerdeführer auch dann mit

Recht wegen Art. 172 MStG verurteilt, wenn das V erhaltnis zu Art. 252 StGB dasselbe wäre, wie dasjenige von Art. 251 StGB (entsprechend Art. 172 MStG) zu Art. 252. Zwar ist vorliegendenfalls ein <<Ausweis>> im Sinne von Art. 252 StGB gefälscht worden, doch unstrittig kann auch ein Ausweis Gegenstand einer Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 StGB sein (BGE 81 IV 287, Schwander, 2.A., 1964, Nr. 701). Die Abgrenzung kann dann nur mittels der in Art. 251 StGB bzw. 172 MStG einerseits, in Art. 252 StGB andererseits umschriebenen besondern Absichten des Täters gesucht werden (BGE 81 IV 287, Logoz StGB 252 N. 4, Thormannjv. Overbeck StGB 252 N.1, Hafter, Bes. Teil II S. 607). Art. 252 ist privilegiert, weil die Fäl- schung wegen der Absicht des Täters un d im V ergleich zur Absicht ge- mäss Art. 251 bzw. Art. 172 MStG weniger schwer wiegt. Art. 172 MStG und 251 StGB verlangen die <<Absicht, jemanden am Vermögen oder an andern Rechten zu schädigen oder sich oder einem an- dern einen unrechtmässigen V orteil zu verschaffen >>. Letzterer braucht kein Vermögensvorteil zu sein (MKG 7 Nr. 5, 6 Nr. 93, 5 Nr. 114, 4 Nr. 56, 92, 172; BGE 76 IV 107, 75 IV 169, 74 IV 56; Schwander Nr. 700, Logoz StGB 251 N. 4h, Thormannjv. Overbeck StGB 251 N. 18, Hafter l. e. 600). Als Vorteil gilt <<jede Besserstellung>> (BGE 74 IV 56), <<jeder reale Vorteil>> (MKG 7 Nr. 5), ohne dass es als Gegenstück einer Schädigung bedurfte

107 Nr. 45 (BGE 75 IV 169, AGVE 1955/152). - Art. 252 StGB verlangt dagegen <<lediglich>> (BGE 81 IV 287) die <<Absicht, sich oder einen andern das Fortkommen zu erleichtern>>. Die besondere Absicht, wie sie in Art. 252 StGB umschrieben ist, war beim Beschwerdeführer nicht gegeben. Er handelte nicht in der Absicht, sich mit der Fälschung das Fortkommen zu erleichtern, nämlich lediglich seine persönliche Situation zu verbessern (BGE 70 IV 212 f.), z. B. seine gesellschaftliche Bewegungsfreiheit (SJZ 1966/209) oder seine beruflichen Chancen (RS 1948 Nr. 90, BJM 1957/48). Er wollte vielmehr mit der Fäl- schung erreichen, dass ihm sein V ater das Automobil zum Gebrauch aus- handige und er sich trotz V erweigerung des Lernfahrausweises anlässlich von V erkehrskontrollen ausweisen könne. Wer so handelt, will sich nicht bloss das Fortkommen erleichtern, sondern sich einen realen Vorteil ver- schaffen. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Ausführungen von Schultz (Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassen- verkehr, S. 307, Anm. 75) führt zu keiner andern Betrachtung. Schultz erklärt freilich, die Fälschung eines Führer- oder Fahrzeugausweises sei nach Art. 252 StGB strafbar, setzt aber dabei offenbar stillschweigend voraus, es müssten auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale des Art. 252 erfüllt sein. Sollte es zutreffen, dass einzelne Gerichte die Fälschung eines Führerausweises schlechthin unter Art. 252 subsumieren, ohne da- nach zu fragen, ob auch die für die Privilegierung in erster Linie mass- gebende besondere Absicht gegeben sei, wäre einer solchen Rechtspre- chung nicht zu folgen, da sie nicht dem Gesetz entspräche. Das Divisions- gericht hat daher Art. 252 StGB mit Recht nicht angewandt. Andererseits ist nicht zweifelhaft, dass die vom Beschwerdeführer ge- fälschte Urkun de ist. Wenn darin bestätigt wird, d er Inhaber sei berechtigt, im Dienst und ausserhalb des Dienstes Motorfahrzeuge zu führen, kann dem Schriftstück, das die Bestätigung mit der (gefälschten) U nterschrift des Kdt festhält, di e Be,weiseignung nicht abgesprochen werden. Nach Art. 175 MStG genügt es im übrigen schon, wenn ein Schriftstück dazu bestimmt ist, eine rechtserhebliche Tatsache zu be- weisen. Dass die vom Beschwerdeführer gefälschte graue Karte allgemein erkennbar dazu bestimmt war, den Nachweis dafür zu erbringen, dass der Inhaber zum Lenken eines Motorfahrzeuges befugt sei, kann ebenfalls nicht zweifelhaft sein. Im konkreten Fali tauglich und glaubhaft braucht die Urkunde nicht zu sein (BGE 81 IV 240, 88 IV 35, 91 IV

7, MKGE 7 Nr.18). Der Beschwerdeführer hat demnach eine Urkunde gefälscht, und der objektive Tatbestand der Urkundenfälschung im Sinne des Art. 172 MStG ist erfüllt. Der Auffassung des Beschwerdeführers, wenn Urkundenfälschung überhaupt in Frage käme, könnte es sich nur um einen untauglichen Versuch handeln, kann nicht gefolgt werden, da, wie ausgeführt,

Nr. 45 108 der gefälschte Ausweis zum Beweis einer rechtserheblichen Tatsache (Berechtigung zum Führen eines Motorfahrzeuges) bestimmt und geeignet war. Das Divisionsgericht hat weiter mit Recht angenommen, es sei auch der subjektive Tatbestand der Urkundenfälschung erfüllt. Der Beschwerdeführer beabsichtigte nach nicht willkürlicher Feststellung der Vorinstanz, im Urlaub das Automobil seines Vaters zum Gebrauch erhalten und lenken zu können, wozu er nicht berechtigt war. Er wollte sich also etwas verschaffen, was allgemein als Versuch betrachtet wird. Dieser erstrebte Versuch war gegenüber Vater und Öffentlichkeit unrechtmässig, gegenüber der letzteren, da der Beschwerdeführer, dem sogar die Erteilung eines Lernfahrausweises auf unbestimmte Zeit verweigert worden 'war, kein Recht hatte, als Motorfahrzeugführer am Verkehr teilzunehmen. 3. - Das Divisionsgericht hat den Beschwerdeführer demnach nicht Recht der Urkundenfälschung schuldig erklärt. Fraglich ist nur, ob es ihn auch mit Recht wegen Fälschung einer öffentlichen Urkunde bestrafte. Öffentliche Urkunden sind nach Art. 175 Abs. 2 MStG die von einer Behörde, die von einem Beamten kraft seines Amtes und die von einer Person öffentlichen Glaubens in dieser Eigenschaft ausgestellten Urkunden. Im vorliegenden Fall ist einzig darüber zu entscheiden, ob ein militärischer Kommandant, der eine graue Karte auszustellen hat, Beamter im Sinne der gesetzlichen Regel sei; Mitglied einer Behörde oder Person öffentlichen Glaubens ist er von vorneherein nicht. Im Gegensatz zum bürgerlichen Strafgesetz (Art. 110 Ziff. 4 StGB) umschreibt das MStG den Begriff des Beamten nicht. Der Beamtenbegriff, wie er in Art. 175 Abs. 2 MStG verwendet wird, ist deshalb nach dem Sinn des MStG zu bestimmen, wobei der Richter freilich Art. 110 Ziff. 4 StGB mitberücksichtigen wird. Sinngemässe Auslegung des Gesetzes ergibt, dass ein militärischer Vorgesetzter, wenn er Urkunden ausstellt, nicht als Beamter zu betrachten ist. Diese Auffassung hat bereits Comtesse vertreten, der zu Art. 175 ausführte: <<Was eine Militärperson, insbesondere ein Kommandant, dienstlich bezeugt, ist, da ihm die Behörden- und Beamteneigenschaft normalerweise fehlt, keine öffentliche Urkunde. Den besondern Schutz gewährleisten hier die Art. 78 und 103 MStG wie Art. 277 StGB.>>- Das MKG hat sich zur Frage bis jetzt nicht ausdrücklich geäußert. Es ergibt sich aber aus seiner Rechtsprechung mit hinreichender Klarheit, dass es in Fällen wie dem hier beurteilten qualifizierte Urkundenfälschung verneint. So ist dem Urteil MI(G 5 Nr. 114 S. 179/80 zu entnehmen, dass das Gericht einen unrichtigen Eintrag in das Dienstbuch als Urkundenfälschung gemäss Art. 172 Ziff. 1 MStG qualifiziert hätte, wenn im konkreten Fall 109 Nr. 45 nicht Art. 173 anwendbar gewesen wäre. Die gleiche Betrachtungsweise liegt dem nicht veröffentlichten Urteil vom 9. September 1968 i. S. Iftm O. zugrunde~ da eine falsche Eintragung in ein Pferdeverbal als Urkundenfälschung qualifiziert wurde~ ohne dass die Frage nach einer Fälschung im Sinne der Ziff. 2 von Art. 172 gestellt worden wäre. In dem Urteil vom 4. November 1968 i.S. Four G. (MKGE 8 Nr. 31) hatte das MKG zwar nicht Gelegenheit~ die hier strittige Frage zu prüfen, doch erhellt aus den Erwägungen, dass die Vorinstanz die Fälschung eines militärischen Übergabeprotokolls als einfache Urkundenfälschung betrachtet hatte~ ohne dass das MKG Anlass nahm~ wenigstens beiläufig diese Auslegung des Gesetzes als unrichtig zu bezeichnen. Die

Praxis des MKG~ Vorgesetzte und andere Militärpersonen nicht als Beamte zu qualifizieren, ist sicher soweit richtig~ als davon d er Entscheid abhängt~ o b eine U rkunde eine öffentliche sei. Schon an sich ist fraglich~ ob Militärpersonen strafrechtlich als Be- amte qualifiziert ""erden dürfen (vgl. z. B. die Bestechungstatbestände der Art. 141 MStG und 288 StGB~ Amtsentsetzung nach Art. 38 MStG gegenüber Ausschluss aus der Armee und Degradation nach Art. 36/37 MStG). Jedenfalls aber geht es nicht an~ im Zusammenhang mit dem Ausstellen einer Urkunde einer Militärperson oder auch nur einem mili- tärischen V orgesetzten Beamtenqualität zuzuerkennen. D em U mstand, das s es nicht das gleiche ist~ o b eine beliebige o d er eine dienstliche U r- kunde gefälscht wird~ trägt das MStG dadurch Rechnung~ dass derjenige~ welcher in der in Art. 172 MStG umschriebenen Absicht eine militärische Urkunde fälscht~ nicht nur wegen Urkundenfälschung~ sondern nach der bereits in Ziff. 1 zitierten Rechtsprechung des MI(G auch wegen Fäl- schung eines dienstlichen Aktenstückes bestraft 'vird. Bestrafte man den Täter in Fällen wie dem vorliegenden wegen Fälschung einer öffentlichen U rkunde, würde d er U mstand, das s er ni eh t eine beliebige~ sondern eine militärische U rkunde fälschte~ zu seinem N achteil doppelt berücksich- tigt: einmal dadurch, dass er der qualifizierten Urkundenfälschung schul- dig befunden wird, zum zweiten dadurch~ dass er zusätzlich wegen Fäl- schung eines dienstlichen Aktenstückes bestraft -w~ird. Das kann nicht der vernünftige Sinn des Gesetzes sein, weshalb in Übereinstimmung mit der Lehrmeinung von Comtesse~ welche das MI(G nie in Zweifel gezogen hat~ sondern unausgesprochen seiner Praxis zugrunde legte, die Kassations- beschwerde gutzuheissen und das Urteil aufzuheben ist., weil es den Be- schwerdeführer der qualifizierten Urkundenfälschung nach Art. 172 Ziff. 2 MStG schuldig erklärte und die Strafe entsprechend zumass. 4. - Gemäss Art. 194 MStGO hat das MKG bei einem Beschwerde- erfolg der vorliegenden Art selber das dem Gesetz entsprechende Urteil zu fällen. Die Strafzumessung durch die Vorinstanz "var ohne Zweifel dadurch weitgehend bestimmt, dass für die Fälschung einer öffentlichen Urkunde Nr. 45, 46 110 eine Minimalstrafe von sechs Monaten Gefängnis angedroht ist und die dafür ausgefallte Strafe gemäss Art. 49 Ziff. 1 MStG angemessen zu er- höhen war. Das V orleben des Beschwerdeführers ist - wie die V orinstanz näher ausführt- wenig erfreulich, und gerade das Motiv der hier zu beurteilen- den Taten hat ihn schon früher straffällig werden lassen. Dazu kommt das Zusammentreffen mehrerer Delikte. Doch ist zu seinen Gunsten zu be- rücksichtigen, dass er im Zeitpunkt der T at erst 18 7'2 J ahre al t war, in eiuer Pubertätskrise steckte und im Elternhaus eiuer verständnisvolleu Führuug eutbehrte. Bei Berücksichtigung aller Umstände ist eine Ge- fängnisstrafe von drei Monaten angemessen. Die Untersuchungshaft von vier Tageu kanu angerechnet werden (Art. 50 MStG). Dazu kommt die von der V orinstanz richtig begründete uud bemessene Busse. Die obj ektiven V oraussetzungen des bedingten Strafvollzuges sin d gegeben. Ob auch die subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind, hat das MI(G frei zu prüfen. W enn es die Frage zu entscheiden hat, ob ein Urteil zu kassieren sei, kanu es keine ueuen Tatsachen berücksichtigen. Ist in- dessen, wie hier, das Urteil des Divisionsgerichts aufzuheben, und muss das MKG als Strafgericht neu urteilen, entspricht es dem Sinu des Gesetzes, das s fiir di e Strafzumessung wesentliche U mstände, di e sei t d em erst- instanzlichen U rteil eingetreten sin d, mitberücksichtigt werden. Über- dies bestand beim jugendlichen, inzwischen zu weiterer Dienstleistung eingerückten Beschwerdeführer konkreter Anlass zu Erkundigungen. Da- her hat das MKG einen Fiihrungsbericht über den Beschwerdeführer hin- sichtlich der V ollendung der Rekrutenschule im Herbst 1969 eingeholt, der günstig ausgefallen ist: E s handle sich um einen der bestqualifizierten Rekruten, der zur W

eiterausbildung in Frage käme, 'venn keine V erur- teilung entgegenstünde; der Beschwerdeführer habe durch T aten be- wiesen, das U nrecht seines bisherigen V erhalten z u haben. Angesichts des seu billigt das MK G de m Beschwerdeführer z u, er werde sich durch die bedingte Verurteilung von weiteren Delikten abhaltenlas- sen. Die Probezeit wird auf 4 J ahre festgesetzt. D er Beschwerdeführer wird unter Schutzaufsicht gestellt. Es soll ihm damit geholfen werden, sich endgültig zu einer ordentlichen, disziplinierten Lebensführung zu finden und vor allem den <<ÁutofimmeL> als wesentliche Ursache seiner bisherigen V erfahrungen zu verlieren. 5. - ... (10. November 1969, W. e. DG 6)

**E. 46**

L'arrestation provisoire (art. 68 OJPPM) est une détention préventive au sens de l'art. 50 CPM.

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