



Entscheidungen des MKG, 13. Band / Arrêts du TMC, 13ème volume / Sentenze del TMC, 13° volume

18

Art. 36 al. 1 CPM; octroi du sursis en application du nouveau droit (poursi en cassation).

L'octroi du sursis implique également sous l'empire du nouveau droit que le juge établisse un pronostic sur le comportement futur de l'auteur ; il doit à cet égard procéder à une appréciation générale de toutes les circonstances essentielles du cas d'espèce. Les conditions d'octroi du sursis sont moins sévères que sous l'ancien droit, dans ce sens où le sursis est désormais la règle, dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ; il y a ainsi présomption légale de l'existence d'un pronostic favorable. Cela ne doit cependant pas conduire le juge à ignorer les éléments de fait essentiels permettant de renverser cette présomption (consid. 3).

Art. 36 Abs. 1 MStG; Gewährung des bedingten Strafvollzugs nach neuem Recht (Kassationsbeschwerde).

Auch nach neuem Sanktionenrecht setzt die Gewährung des bedingten Strafvollzugs eine Prognose über das künftige Verhalten des Täters voraus; vorzunehmen ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände. Die Voraussetzungen sind gegenüber dem bisherigen Recht insofern weniger streng, als neu der Strafaufschub die Regel ist, von der nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf; ein künftiges Wohlverhalten wird gesetzlich vermutet. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass wesentliche Sachumstände, die diese Vermutung widerlegen könnten, unberücksichtigt bleiben (E. 3).

Art. 36 cpv. 1 CPM; riconoscimento della sospensione condizionale secondo il nuovo diritto (ricorso per cassazione).

Anche secondo il nuovo diritto delle sanzioni, il riconoscimento della sospensione condizionale presuppone una prognosi sul comportamento futuro dell'autore; va effettuata una valutazione complessiva di tutte le circostanze rilevanti. Rispetto al diritto previgente, i presupposti sono meno rigorosi, in quanto la sospensione costituisce la regola alla quale si può derogare solo in caso di prognosi avversa; un buon comportamento futuro è presunto per legge. Ciò non deve però condurre a non considerare circostanze rilevanti che potrebbero confutare tale presunzione (consid. 3).

Il résulte du dossier:

- A. Par jugement du 2 mars 2007, le Tribunal militaire 2 a reconnu la recr D. C. coupable de refus de servir au sens de l'art. 81 aCPM et de violation d'une prescription de service au sens de l'art. 72 aCPM, et l'a condamnée à une peine de 8 mois d'emprisonnement sans sursis, l'a exclue de l'armée et l'a astreinte aux frais de la cause par 800 francs.

D. C. avait fait défaut à l'ER inf 3-1 qu'il aurait dû accomplir du 20 mars au 11 août 2006 à Chamblon. Bien qu'il ait été interpellé par l'autorité militaire, il n'a pas indiqué les raisons de son absence. Interrogé ultérieurement par le juge d'instruction militaire, il a cependant expliqué qu'il avait été licencié médicalement d'une première école de recrue en 2004 après une dizaine de jours de service, suite à des problèmes de dos consécutifs à une chute, et que, en 2005, il avait sollicité son licenciement immédiat après être entré en service, en invoquant la naissance d'une portée de neuf chiots deux jours auparavant. D. C. ayant essuyé un refus, il avait alors décidé de ne pas accomplir son service militaire, ni d'accepter un service civil de remplacement. Il avait en outre omis de signaler un changement d'adresse de Payerne à Yverdon, survenu 5 ans plus tôt.

- B. Au cours de l'enquête, D. C. a affirmé jouir d'une bonne santé physique et psychique, exposant également pratiquer la boxe et le paint-ball pendant ses loisirs. Il a cependant exposé devant le tribunal militaire souffrir de problèmes de dos, pour une scoliose présente dès la naissance, qui aurait justifié un changement de profession et une demande de prestations AI, allégations cependant non documentées. L'intéressé a confirmé sa volonté de ne pas accomplir ses obligations militaires et de ne pas déposer une demande de service civil.

Le Tribunal militaire 2 a estimé dans ces conditions qu'un pronostic clairement défavorable devait être posé et n'a ainsi pas accordé le sursis à l'exécution de la peine d'emprisonnement infligée. L'accusé a fait appel de ce jugement.

En audience du 16 novembre 2007, D. C. a expliqué au Tribunal militaire d'appel 1 qu'il s'était présenté à l'ER à laquelle il avait été convoqué le 27 octobre 2007 mais qu'il en avait été licencié après deux jours, ayant été déclaré inapte sur la base de radiographies du dos qu'il aurait présentées aux médecins militaires. L'intéressé devait ensuite recevoir une convocation à se présenter devant une Commission de visite sanitaire (ci-après: CVS) et à une journée d'information sur le service civil. Il a confirmé l'existence de maux de dos mais a indiqué ne pas avoir entrepris de démarches en ce qui concerne l'AI. Fort de ces explications, le tribunal d'appel a ajourné les débats dans l'attente des résultats de l'expertise à rendre pour déterminer l'aptitude de D. C. au service militaire.

- C. Les débats ont été appointés à nouveau devant le Tribunal militaire d'appel 1 le 24 avril 2009. D. C. a alors expliqué qu'il se trouvait en Australie en 2007 quand il aurait dû se présenter devant la CVS et que la convocation à cet effet, qu'il savait devoir lui être adressée, ne lui était parvenue, son frère ne la lui ayant pas transmise. D. C. a admis qu'il aurait dû s'en enquérir à son retour, ce qu'il n'a toutefois pas entrepris.

Après avoir rejeté une demande de nouvel ajournement des débats, le tribunal d'appel a admis partiellement le recours, reconnaissant D. C. coupable de refus de servir au sens de l'art. 81 CPM et de violation des prescriptions de service au sens de l'art. 72 CPM, le condamnant à 8 mois d'emprisonnement, avec sursis pendant 5 ans, et l'astreignant aux frais de la procédure de première instance et d'appel.

- D. Le 29 avril 2009, l'Auditeur du Tribunal militaire 2 a déclaré former un pourvoi en cassation contre le jugement rendu "le 2 mars 2007". Le jugement complet du tribunal d'appel a été notifié le 3 juillet 2009. L'auditeur a motivé son pourvoi le 24 juillet 2009. Il invoque des constatations de fait essentielles en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves, une application incorrecte de la loi et une motivation insuffisante, critiquant l'octroi du sursis et l'absence d'exclusion de l'armée de l'intéressé dans le jugement sur appel. Le 13 août 2009, D. C. a conclu au rejet du pourvoi en cassation.

Considérant :

1. L'auditeur est légitimé à se pourvoir en cassation (art. 186 al. 1 PPM) contre un jugement rendu par un tribunal militaire d'appel (art. 184 al. 1 let. a PPM). Il Invoque une violation de la loi pénale (art. 185 al. 1 let. d PPM), une motivation insuffisante (art. 185 al. 1 let. e PPM) et des constatations de faits essentielles du jugement en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (art. 185 al. 1 let. f PPM). Pour le surplus, annoncé par écrit dans les cinq jour au tribunal qui a statué (art. 186 al. 2 PPM), le pourvoi a été motivé dans le délai de vingt jours imparti à l'auditeur (art. 187 al. 1 PPM). Les conditions de recevabilité des art. 184 ss PPM sont donc réunies, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière.
2. a) Dans un premier moyen, l'auditeur critique l'octroi du sursis au condamné. Les juges d'appel auraient procédé à cet égard à des constatations de faits essentielles en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves. Ils auraient en effet dû poser un pronostic défavorable sur l'accusé, qui a adopté une attitude négative en invoquant en 2005 déjà une excuse infondée (soit la naissance de chiots), qui s'est par la suite prévalu de problèmes de dos sans les documenter devant les juges de première instance le 2 mars 2007, qui s'est rendu coupable peu après d'un refus de servir, qui n'a pas davantage produit de documents médicaux devant le tribunal d'appel en octobre 2007, qui ne s'est pas présenté devant la CVS et qui est parti à l'étranger sans se soucier de la suite à donner à son dossier militaire. L'auditeur y voit une totale désinvolture et une opposition tenace à ses obligations militaires. Le pronostic à poser devrait être d'autant plus négatif que l'intéressé fait l'objet d'une enquête sur le plan civil depuis le 19 février 2009 pour lésions corporelles simples et violation de domicile. Dans son jugement, le tribunal d'appel n'aurait pas suffisamment tenu compte de ces faits, qui, s'ils avaient été correctement pris en considération, auraient dû conduire à un pronostic défavorable.
- b) Conformément à la pratique du Tribunal militaire de cassation, la constatation des faits en contradiction avec l'administration des preuves au sens de l'art. 185 al. 1 let. f PPM se confond avec une constatation arbitraire des faits. D'une manière générale, il faut que les faits établis de façon manifestement inexacte, de

façon incomplète ou en violation du droit empêchent l'application correcte du droit matériel.

Cette violation doit en outre avoir une influence déterminante sur l'issue de la procédure. Encore faut-il que le recourant rende vraisemblable que la décision attaquée aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit. En d'autres termes, la décision attaquée devrait être arbitraire, non seulement dans sa motivation mais également dans son résultat (cf. THEO BOPP, in Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid (éd.), Commentaire de la Procédure pénale militaire, 2008, n. 50ss ad. art. 185 PPM et les références citées).

- c) En l'espèce, le tribunal d'appel a considéré qu'il n'y avait pas lieu de poser un pronostic défavorable. Il a certes constaté que l'accusé ne pouvait plus être convoqué à l'école de recrue en raison de son âge, mais il a estimé que cet élément n'était pas suffisant pour établir à lui seul un tel pronostic. Selon le tribunal d'appel, il faudrait en outre établir qu'il y avait lieu de craindre la commission d'infractions dans un domaine voisin, ce qui n'était pas le cas. A tout le moins, il a retenu l'existence d'un doute à cet égard et a opté pour l'octroi du sursis.

Il est vrai que le jugement attaqué ne retient pas tous les éléments de fait déterminants, en particulier ceux qui ont trait à la conduite de l'intéressé vis-à-vis de ses obligations militaires. Le tribunal d'appel n'a pas refait l'historique des différents défauts et des différentes tentatives d'entrée en service de D. C. et il n'a pas parlé de sa désinvolture quant à un éventuel licenciement pour raison médicale. Il n'a ainsi pas tenu compte du fait que l'intéressé ne s'était pas présenté à une CVS, puis avait opté pour un séjour à l'étranger sans se soucier d'une convocation à venir. Le tribunal d'appel n'a pas non plus analysé les intentions du condamné vis-à-vis de ses obligations militaires au moment où il pouvait encore en effectuer. Cela étant, les considérants en faits du jugement attaqué contiennent les éléments déterminants de la cause. Les juges d'appel ont toutefois omis de les prendre en compte dans leur analyse juridique et ils n'en ont pas tiré les conclusions nécessaires quant au pronostic sur la conduite future du condamné. Il s'agit cependant là d'une question de droit et non de faits. Le jugement attaqué, bien que lacunaire sur ce point, n'est donc pas constitutif d'un établissement des faits contraire à l'administration des preuves ou arbitraire.

3. a) Dans le cadre d'une deuxième argumentation, l'auditeur reproche aux juges d'appel une violation des dispositions légales relatives au sursis. Selon lui, ils avaient considéré à tort que le refus du sursis exigeait un pronostic défavorable non seulement en matière militaire mais également dans d'autres domaines. Le tribunal d'appel aurait ainsi méconnu les principes de prévention générale et d'égalité de traitement, sa décision étant au demeurant insuffisamment motivée. L'auditeur critique par ailleurs le jugement attaqué en tant qu'il applique le nouveau droit en matière de sursis comme *lex mitior*, alors que l'ancien droit aurait dû être choisi, comme l'avaient d'ailleurs retenu les juges de première instance.
- b) Conformément à l'art. 36 al. 1 CPM, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. Cette disposition présente ainsi la même formulation que la règle du droit pénal ordinaire posée à l'art. 42 al. 1 CP. Elle implique également, comme le faisait l'an-

cien droit, que le juge pénal établisse un pronostic sur le comportement futur de l'auteur. Il doit à cet égard procéder à une appréciation générale de toutes les circonstances essentielles du cas d'espèce, en prenant garde à ne pas donner à certaines d'entre elles une importance prépondérante ou à en négliger d'autres, voire à ne pas du tout les prendre en considération (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1 p. 5 et les références; arrêt non publié du TMC n° 805 du 11 décembre 2008 consid. 2).

La jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine admettent que les dispositions prévues par le nouveau droit quant au pronostic à poser par le juge sont moins sévères que précédemment. Alors qu'auparavant un pronostic favorable était nécessaire, il suffit aujourd'hui qu'un pronostic défavorable fasse défaut. On peut donc considérer qu'il y a ici une présomption légale de l'existence d'un pronostic favorable et que cette présomption doit être renversée par le juge pour exclure le sursis (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2 p. 5 s.; ANDRÉ KUHN, in Commentaire romand, Code pénal I, 2009, n. 16 ad art. 42 CP; STEFAN TRECHSEL/BRUNO STÖCKLI, in Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, ch. 9 ad. art. 42 CP).

- c) En l'espèce, le tribunal d'appel a admis qu'il n'y avait pas lieu d'établir un pronostic défavorable sur la conduite future de la recr D. C. Pour arriver à ce résultat, les juges n'ont toutefois guère considéré que le fait que l'intéressé ne pouvait plus être convoqué en raison de son âge, que cela ne suffisait pas à exclure un pronostic favorable et que rien ne permettait de supposer que d'autres infractions aient été commises, l'intéressé devant à tout le moins bénéficier du doute que l'on pouvait avoir en la matière.

On peut constater avec l'auditeur que ce raisonnement est insuffisant. En effet, comme on l'a vu ci-dessus (cf. supra consid. 2c), le tribunal d'appel n'a pas du tout tenu compte du comportement passé général du condamné. Celui-ci s'est soustrait à ses obligations militaires à plusieurs reprises, pour différents motifs. Il a même déclaré devant le juge d'instruction et devant les juges de première instance ne pas vouloir accomplir ses obligations militaires. Alors qu'il alléguait être confronté à des problèmes médicaux, au demeurant non documentés, D. C. n'a pas donné suite à la procédure qui aurait pu conclure à son inaptitude. Il ne s'en est pas soucié, malgré un premier ajournement des débats en appel. Finalement, il s'est retrouvé dans la situation où il ne pouvait plus être astreint au service militaire, pour raison d'âge. Comme l'ont relevé à juste titre les juges antérieurs, ce seul élément ne permet pas d'exclure un pronostic favorable. Il n'est toutefois pas suffisant, en soi, pour établir ce pronostic, qui doit être analysé en fonction de tous les autres éléments pertinents du dossier, tels que rappelés ci-dessus. En outre, les juges d'appels n'ont pas retenu dans leur jugement les conclusions qu'il y avait lieu de tirer du comportement civil de l'intéressé, qui fait pourtant l'objet d'une procédure pénale pour des actes récents. Ils n'ont pas non plus pris en compte le fait que D. C. n'avait clairement pas l'intention de se soumettre à ses obligations militaires, ni même d'accepter un service civil de remplacement.

Ainsi, il est manifeste que les juges d'appel ont basé leur analyse du pronostic quant à l'attitude future de D. C. sur des éléments partiels et insuffisants. La présomption de l'existence d'un pronostic favorable ne permet pas pour autant aux juges d'ignorer des éléments de fait propres à renverser cette présomption. Ce

faisant, les juges tribunal d'appel ont en l'occurrence violé la loi pénale au sens de l'art. 185 al. 1 let. d PPM, de sorte que le recours de l'auditeur doit être admis.

Enfin, même si cela n'a pas une incidence sur le sort du recours, il y a encore lieu de relever que la critique de l'auditeur quant à l'application de la nouvelle loi n'est pas fondée. En effet, le Tribunal militaire de cassation a déjà eu l'occasion de confirmer l'application des nouvelles dispositions du CPM sur les peines et mesures (art. 28 ss CPM, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007) en vertu du principe de la *lex mitior* (cf. notamment arrêts non publiés du TMC n° 810/811 du 24 septembre 2009 consid. 4b et 807 et 808 du 26 mars 2009 consid. 3).

4. a) En dernier lieu, l'auditeur reproche aux juges d'appel de ne pas avoir exclu le condamné de l'armée. Cette question aurait pourtant dû être examinée, dès lors que le tribunal militaire de première instance avait prononcé cette mesure. L'application de l'art 49 CPM devrait être envisageable même si l'intéressé n'est plus astreint au service militaire pour raison d'âge. L'arrêt attaqué serait entaché sur ce point d'une violation de la loi pénale et d'une motivation insuffisante.
 - b) Si la motivation d'un jugement est essentielle, elle n'a pas besoin d'être exhaustive. Elle peut même être sommaire si elle permet aux parties de prendre connaissance du raisonnement du tribunal. Ce point est en effet déterminant pour l'instance de recours qui ne pourra statuer que si elle est en mesure d'apprécier les raisons qui justifient le dispositif du jugement attaqué. Le défaut de motivation suffisante (art. 185 al. 1 let. e PPM) entraîne à lui seul et d'emblée la cassation du jugement entrepris (ATMC 12 n° 28 consid. 3, n° 30 consid. 4a et les références).
 - c) En l'espèce, indépendamment de l'opportunité matérielle de prononcer une exclusion de l'armée, il y a lieu de constater que le jugement du Tribunal militaire d'appel est parfaitement muet sur cette question, alors que le jugement de première instance dont il avait à connaître avait précisément prononcé une telle exclusion. A tout le moins, les juges d'appel devaient examiner si l'exclusion de l'armée était possible et justifiée en l'occurrence et dire pour quels motifs le jugement de première instance devait être réformé le cas échéant sur cette question. Leur jugement sur le recours de l'accusé est donc lacunaire sur ce point, ce qui conduit à l'admission du recours de l'auditeur pour ce motif également.
5. Il s'ensuit que le pourvoi doit donc être admis et le dossier renvoyé au Tribunal militaire d'appel 1 pour nouveau jugement dans le sens des considérants (art. 191 al. 1 PPM). D. C., qui succombe, doit supporter les frais de la présente procédure (art. 193 et 183 al. 1 PPM).

Le Tribunal militaire de cassation prononce:

1. Le pourvoi en cassation est admis, le jugement du Tribunal militaire d'appel 1 du 24 avril 2009 est annulé et l'affaire est renvoyée au Tribunal militaire d'appel 1 pour nouveau jugement.

2. Les frais de la procédure devant le Tribunal militaire de cassation, arrêtés à 800 fr., sont mis à la charge de D. C.

(N° 813 du 10 décembre 2009, Auditeur c. D.C. et TMA 1)