



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

5

Fixation de la peine en cas de refus de servir partiel selon la nouvelle partie générale du Code pénal militaire, art. 41 et 81 CPM (recours en cassation)

Calcul du nombre de jours de service refusés selon les dispositions sur le service d'instruction dans le cadre d'armée XXI : pour la formation des sergents, il faut prendre en considération, en plus de l'école de sous-officiers, le stage pratique qui s'ensuit nécessairement pour l'obtention du grade (c. 2).

Strafzumessung bei einer partiellen Dienstverweigerung nach neuem Allgemeinem Teil des Militärstrafgesetzes, Art. 41 und 81 Abs. 1 MStG (Kassationsbeschwerde)

Berechnung der Anzahl der verweigerten Dienstage nach Massgabe der Bestimmungen über die Ausbildungsdienste in der Armee XXI: Bei der Ausbildung zum Wachtmeister ist neben der Unteroffiziersschule auch das für die Erreichung des Grades benötigte anschliessende Praktikum zu berücksichtigen (E. 2).

Commisurazione della pena in caso di un parziale rifiuto del servizio secondo la nuova parte generale del Codice penale militare, art. 41 e 81 cpv. 1 CPM (ricorso per cassazione)

Calcolo dei giorni di servizio rifiutati secondo le disposizioni sul servizio di formazione nell'esercito XXI: per la formazione di sergente, oltre alla scuola sottoufficiali, occorre considerare il periodo di pratica necessario all'ottenimento del grado (consid. 2).

Il résulte du dossier:

- A. Le 2 mars 2007, le Tribunal militaire 2 a reconnu l'appointé-chef S. S. coupable de refus de servir (art. 81 CPM) et l'a condamné par défaut à la peine pécuniaire de 40 jours-amende à 30 fr., avec sursis pendant 4 ans. Le Tribunal a retenu les faits suivants:

S. S. a terminé son école de cadre le 17 mars 2006 avec promotion au grade d'appointé-chef. Après une semaine de congé, il devait entrer en service pour l'ESO le lundi 27 mars 2006, ce qu'il n'a pas fait. Il s'est annoncé par téléphone le soir du 28 mars 2006 et est finalement entré en service dans la matinée du 29 mars 2006. Il a alors déclaré qu'il avait l'intention de refuser l'accomplissement de l'ESO. Il a été licencié de l'ESO et a achevé l'ER à son grade actuel à la mi-avril 2006. La proposition d'avancement a été retirée. S. S. s'est déclaré d'accord de poursuivre l'accomplissement de ses obligations militaires comme appointé-chef.

Entre le début de l'ER et le début de l'ESO, S. S. a fait l'objet de plusieurs décisions disciplinaires, dont l'une du 16 février 2006 sanctionnant de 3 jours d'arrêts une insoumission et absence injustifiée de peu de gravité.

S. S. n'a aucune inscription au casier judiciaire. Un rapport de gendarmerie du 9 juin 2006 indique qu'il a occupé les services de police pour divers délits. S. S. a déclaré au juge d'instruction qu'il s'agissait de délits mineurs, en relation notamment avec la consommation de stupéfiants. Le rapport de gendarmerie mentionne des poursuites pour dettes infructueuses, et la taxation fiscale pour 2004 n'indique ni revenu ni fortune. S. S. a terminé un apprentissage de paysagiste et, interrogé le 23 juin 2006 par le juge d'instruction, il a précisé qu'il était à la recherche d'un emploi.

- B. S. S. a été cité à l'audience du Tribunal militaire 2 du 20 octobre 2006. Il a pris connaissance de la citation et il a fait défaut. Son défenseur d'office était présent à l'audience. Le Tribunal a décidé d'ajourner les débats en vue de la comparution de l'accusé ; il a renvoyé le dossier à l'instruction "afin que soient déterminés précisément les ordres concrets qui ont été donnés à S. S. concernant son obligation d'effectuer son ESO".
- C. Le col EMG B. a donné le 10 janvier 2007 au juge d'instruction des indications écrites relatives au service d'avancement que S. S. avait l'ordre d'accomplir, à savoir 4 semaines d'ESO, 8 semaines de stage pratique en ER et 8 semaines d'IFO après la promotion au grade de sergent.
- D. S. S. a été cité à la seconde audience du Tribunal militaire 2, du 2 mars 2007. Il n'a pas comparu. Son avocat d'office était présent.
- E. Agissant par la voie du pourvoi en cassation, l'Auditeur du Tribunal militaire 2 demande au Tribunal militaire de cassation d'annuler le jugement par défaut du 2 mars 2007 et de renvoyer la cause au Tribunal militaire 2 pour nouveau jugement. Ses griefs concernent d'une part l'établissement du nombre de jours de service éludés et la quotité de la peine, et d'autre part le sursis à l'exécution de la peine pécuniaire.
S. S. conclut au rejet du pourvoi. Le Président du Tribunal militaire 2 a renoncé à déposer des observations.

Considérant:

1. Le pourvoi en cassation est recevable contre les jugements rendus par défaut par les tribunaux militaires (art. 184 al. 1 let. c PPM). Les conditions de recevabilité des art. 185 ss PPM étant manifestement remplies, il y a lieu d'entrer en matière.
2. Invoquant les motifs de cassation de l'art. 185 al. 1 let. d PPM (violation de la loi pénale) et de l'art. 185 al. 1 let. f PPM (constatation de fait essentielles en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves), le recourant soutient que la quotité de la peine pécuniaire – soit le nombre de jours-amende – a été fixée de manière arbitrairement clémentine.

2.1. L'application des nouvelles dispositions du Code pénal militaire sur les peines et mesures (art. 28 ss CPM, en vigueur depuis le 1er janvier 2007), en vertu du principe de la *lex mitior*, n'est pas contestée en l'espèce. Le montant du jour-amende, arrêté à 30 fr. en fonction de la situation personnelle et économique du condamné, n'est pas non plus discuté. Le recourant soutient en revanche que le total de 40 jours est excessivement bas, compte tenu de la durée du service d'avancement refusé. Selon le recourant, une peine pécuniaire de 110 jours-amende, voire une peine privative de liberté de 110 jours, aurait dû être prononcée. Ce total correspond au nombre de jours de l'ESO (26), auquel on ajoute le nombre de jours de CC et de stage pratique en qualité d'appointé-chef avant la promotion au grade de sergent (47), le résultat (73) étant multiplié par un coefficient de 1,5. Cette formule de calcul est proposée dans une directive du 18 décembre 2006 intitulée "Recommandations de l'auditeur en chef relatives à la fixation des peines dans les jugements rendus par la justice militaire" (cf. p. 7 de cette directive: "Pour un refus de servir intervenant après l'accomplissement de l'école de recrues, règle de base: 1,5 fois la durée du service refusé, c'est-à-dire qui reste à accomplir". La directive mentionne également la pratique selon l'ancien droit dans la même situation: "peine d'emprisonnement d'au maximum 1,5 fois la durée de l'obligation militaire refusée").

Cela étant, il convient de relever que l'auteur du pourvoi avait conclu, devant le Tribunal militaire, à la condamnation de l'intimé à une peine de 100 jours-amende.

2.2. D'après le recourant, la peine doit donc être fixée en fonction de la durée du service d'avancement refusé, en appliquant le coefficient proposé dans la directive de l'Auditeur en chef. Le Tribunal militaire de cassation n'a pas à se prononcer sur le contenu de cette directive car il lui incombe uniquement d'apprécier si, dans le cas particulier, la fixation de la peine est conforme aux règles des art. 41 ss CPM. Les critères fondamentaux sont exprimés à l'art. 41 al. 1 CPM (correspondant à l'ancien art. 44 CPM): la peine doit être fixée d'après la culpabilité de l'auteur, et il faut prendre en considération les antécédents, la situation personnelle et la conduite au service militaire de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir. La loi confère toujours, après la révision du CPM entrée en vigueur le 1er janvier 2007, un large pouvoir d'appréciation au juge de première instance ou d'appel. Même si le Tribunal militaire de cassation examine librement s'il y a eu violation du droit fédéral, il ne peut admettre un pourvoi portant sur la mesure de la peine, compte tenu du pouvoir d'appréciation

reconnu en cette matière aux juridictions inférieures, que si la sanction a été fixée en dehors du cadre légal, si elle est fondée sur des critères étrangers à l'art. 41 CPM, si les éléments d'appréciation prévus par cette disposition n'ont pas été pris en compte ou, enfin, si la peine apparaît exagérément sévère ou clémentine au point que l'on doit parler d'un abus du pouvoir d'appréciation (cf. notamment ATMC 12 n° 21 consid. 13 et la jurisprudence citée). La durée du service refusé est, bien évidemment, un critère ou un élément d'appréciation pertinent, du point de vue de la culpabilité, puisqu'elle permet d'évaluer la "gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné" (cf. art. 41 al. 2 CPM).

- 2.3. Dans le jugement attaqué, le Tribunal militaire a considéré que la durée du service refusé était de 26 jours, soit "la durée de l'ESO pour la formation d'un sergent" (consid. II in fine).

Les types de services d'instruction et leur durée sont actuellement définis (depuis le 1er janvier 2004) par l'ordonnance du 19 novembre 2003 concernant les obligations militaires (OOMi, RS 512.21). L'appendice 4 de cette ordonnance, à laquelle renvoie notamment l'art. 15 OOMi contient des prescriptions détaillées à ce sujet. Le ch. 1.4 du tableau intitulé "Durée, participants ou candidats et responsabilité des services d'instruction" indique ce qui suit à propos de la "carrière réglementaire, formation des sergents (chefs de groupe)": l'intéressé doit accomplir 47 jours d'ER comme recrue, puis 68 jours d'E asp comme soldat, puis 26 jours d'ESO comme appointé-chef, puis 47 jours de CC (cours préparatoire de cadres) et stage pratique comme appointé-chef, et enfin 54 jours de service pratique comme sergent. Ce système se distingue à plusieurs égards du système précédent (Armée 95). En particulier, le candidat sous-officier n'accomplit pas une ER complète (145 jours) avant l'ESO, et à la fin de l'ESO, il n'est pas non plus tenu d'effectuer une nouvelle ER (ancien "paiement de galons", après la promotion au grade de caporal). En outre, la formation des caporaux diffère sensiblement désormais de celle des sergents (ER de 47 jours, ESO de 33 jours, puis CC et service pratique de 61 jours – ch. 1.3 du tableau précité). En revanche, pour les futurs sergents, la durée de l'ESO elle-même (école de sous-officiers, "service d'instruction de base pour dispenser au futur sous-officier l'instruction pour chef de groupe en fonction de l'arme", selon la définition de l'appendice 1 de l'OOMi) n'a pas été modifiée, par rapport aux régimes précédents (Armée 95 ainsi que le régime antérieur).

Le jugement attaqué retient – sur la base d'explications données par un officier supérieur responsable de services d'instruction – qu'après l'ESO, l'intimé aurait dû accomplir deux périodes de 8 semaines (soit 2 x 54 jours), la première de stage pratique dans l'ER et la seconde d'IFO (instruction en formation). Cette indication quant au nombre de jours restant après l'ESO ne correspond, à première vue, pas exactement à ce qui figure dans le tableau précité. Cette divergence n'a toutefois pas à être analysée plus en détail dans le présent arrêt, l'auditeur recourant se référant du reste aux chiffres de l'appendice 4 de l'OOMi.

- 2.4. Dans un arrêt rendu en 1994 (arrêt du 15 juin 1994/642 dans une affaire auditeur Trib div 2 c/ R.), le Tribunal militaire de cassation a, dans le cas d'un militaire refusant d'accomplir une école de sous-officiers, examiné la durée d'une astreinte à un travail d'intérêt général (selon l'ancien art. 81 ch. 2 al. 2 CPM, cas de l'objecteur de conscience avant la création d'un service civil), qui devait selon la loi être en règle générale une fois et demie plus longue que la totalité du

service militaire refusé. Il a considéré, sur recours de l'auditeur, qu'il fallait tenir compte de la durée du service d'avancement refusé, de 27 jours (ESO), mais qu'il ne se justifiait pas de prendre en considération la durée de l'école de recrues que l'intimé n'aurait été tenu d'accomplir que s'il avait été promu caporal (consid. 2b). La motivation de cet arrêt est assez succincte. On ne saurait en déduire que, pour le prononcé d'une peine sous l'égide du nouveau droit – nouvelle partie générale du Code pénal militaire, nouvelle organisation de l'armée et nouveau statut des objecteurs de conscience –, la culpabilité du militaire qui refuse d'accomplir les services d'instruction pour devenir sous-officier doit toujours être appréciée en fonction de la durée de la seule ESO. Compte tenu de l'important morcellement actuel des périodes de formation en vue de promotion, la durée éludée doit pouvoir être fixée en vertu d'une appréciation globale.

Dans le cas d'espèce, la situation est sensiblement différente de celle envisagée dans l'arrêt précité du 15 juin 1994 et ne saurait justifier le calcul du service refusé sur la base de la seule ESO. Un ordre a été donné à l'intimé afin qu'il accomplisse la formation requise pour devenir sergent (chef de groupe). La promotion au grade de sergent n'intervient pas au terme de l'ESO (26 jours), mais après un cours de cadres et un stage pratique (47 jours, d'après l'appendice 4 de l'OOMi). Si dans la nouvelle organisation de l'armée, la période de "paiement de galons" comme sous-officier a été réduite (service pratique de 54 jours, au lieu d'une ER complète), la période de formation jusqu'à la promotion, en deux modules, a été allongée. Du reste, dans l'arrêt précité du 15 juin 1994, la durée déterminante était celle du service à accomplir jusqu'à ce que le candidat devînt sous-officier. Dans le cas particulier, c'est donc bien un service de 73 jours (26 + 47) qui a été refusé par l'intimé.

Cette durée est sensiblement plus longue que la durée retenue dans le jugement attaqué. Il s'agit là d'un élément d'appréciation déterminant. Par conséquent, il faut considérer que la peine a été fixée en violation de l'art. 41 CPM. Vu l'importance du service refusé (73 jours), la disponibilité de l'intimé à accomplir ses obligations militaires en tant qu'appointé-chef n'est pas un élément qui, à lui seul, permettrait de juger appropriée la peine de 40 jours-amende infligée par le jugement attaqué (40 jours représentant 55 % de la durée de ce service). Aucune circonstance atténuante (art. 42 CPM) ne ressort du jugement attaqué. La peine de 40 jours-amende apparaît ainsi comme exagérément clémente. Dans ces conditions, le grief de violation de la loi pénale est fondé et le pourvoi doit être admis, ce qui entraîne l'annulation du jugement attaqué. L'affaire doit en conséquence être renvoyée pour nouveau jugement au tribunal qui a statué précédemment (art. 191 al. 1 PPM).

3. L'admission du pourvoi, avec comme conséquence l'annulation du jugement attaqué, rend sans objet les autres griefs de l'auditeur. La question du sursis à l'exécution de la peine devra être examinée à nouveau en première instance, en cas de condamnation de l'intimé. Il suffit de rappeler ici que, selon la jurisprudence, la disponibilité pour accomplir ses obligations militaires dans son grade actuel n'est pas le seul élément à prendre en considération car il faut apprécier tous les faits dont on peut tirer des conclusions fiables sur le caractère de l'auteur, les chances d'un amendement, le degré d'intention, la motivation pour agir; il faut aussi tenir compte des circonstances concrètes et des motifs de prévention générale (ATMC 12 n° 7 consid. 3-5; ATMC 12 n° 6; cf. aussi ATMC 12 n° 30 consid. 4b).

4. L'intimé, qui a pris des conclusions tendant au rejet du pourvoi, succombe. Un émolument judiciaire doit donc être mis à sa charge (art. 183 al. 1, 2e phrase PPM, par renvoi de l'art. 193 PPM).

Le Tribunal militaire de cassation prononce:

1. Le pourvoi est admis, le jugement par défaut rendu le 2 mars 2007 par le Tribunal militaire 2 est annulé et l'affaire est renvoyée pour nouveau jugement à ce tribunal.
2. Les frais de la cause, par 300 fr., sont mis à la charge de l'intimé.

(N° 795 du 18 septembre 2007, auditeur c. S. S. et Trib mil 2)