



Militärkassationsgericht – MKGE, 16. Band – Regesten
Tribunal militaire de cassation – ATMC, 16° volume – Regestes
Tribunale militare di cassazione – STMC, 16° volume – Regesti

<p>MKGE 16 Nr. 1 (936 v. 15.3.2024)</p>	<p>Art. 47 Abs. 1 MStP; Wiederherstellung der Appellationsfrist zugunsten des Auditors (Beschwerde)</p> <p>Wird ein Fristwiederherstellungsgesuch eines Auditors gemäss Art. 47 Abs. 1 MStP von der zuständigen Instanz abgewiesen, ist auf die gleichzeitig angehobene Appellation nicht einzutreten, da bei einer verpassten Rechtsmittelfrist bereits von Anbeginn eine Prozessvoraussetzung fehlt (E. 1.). Die Appellationserklärung muss weder begründet noch «verfasst» werden. Es reicht vielmehr auch eine entsprechende Erklärung per Telefon oder SMS. Es genügt, dass der Absender eindeutig eruiert werden kann. Dass der Auditor innerhalb der fünftägigen Appellationsfrist im vorliegenden Fall nicht in der Lage war, eine solche Erklärung abzugeben, wird von ihm nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich (E. 3.6). Art. 47 Abs. 1 MStP schliesst eine Wiederherstellung der Frist zugunsten des Auditors zwar nicht schlechterdings aus; diese Bestimmung wurde jedoch in erster Linie für den Angeklagten geschaffen (E. 3.6).</p> <p>Art. 47 al. 1 PPM ; restitution du délai d'appel en faveur de l'auditeur (recours)</p> <p>Lorsqu'une demande de restitution de délai d'un auditeur formulée en application de l'art. 47 al. 1 PPM est rejetée par l'instance compétente, il convient de déclarer irrecevable l'appel interjeté dans le même temps, étant donné qu'en cas d'irrespect du délai d'appel, une condition de recevabilité fait d'emblée défaut (consid. 1). La déclaration d'appel ne doit ni être motivée, ni être "rédigée". Au contraire, une simple déclaration par téléphone ou par SMS est suffisante, pourvu que l'auteur de la déclaration puisse être clairement identifié. Le fait que, dans le cas d'espèce, l'auditeur n'ait pas été en mesure de formuler une telle déclaration d'appel n'est pas allégué par lui et ne ressort pas non plus du dossier (consid. 3.6). L'art. 47 al. 1 PPM n'exclut pas absolument la restitution du délai en faveur de l'auditeur ; cette disposition n'en a pas moins été promulguée en premier lieu pour l'accusé (consid. 3.6).</p> <p>Art. 47 cpv. 1 PPM; restituzione del termine d'appello a favore dell'uditore (reclamo)</p> <p>Nel caso in cui la domanda di restituzione del termine d'appello di un auditore giusta l'art. 47 cpv. 1 PPM venga respinta dall'autorità competente, l'appello inoltrato contemporaneamente risulta inammissibile, ritenuto che in caso di inosservanza del termine ricorsuale un presupposto processuale già dal principio non risulta adempiuto (consid. 1). La dichiarazione d'appello non deve essere né motivata né «redatta». È infatti sufficiente una dichiarazione corrispondente per telefono o SMS. È sufficiente che il mittente possa essere identificato con chiarezza. Nel caso in esame, l'uditore non ha soste-</p>
--	---



	<p>nuto che egli non era in grado di fornire una tale dichiarazione entro il termine d'appello di cinque giorni, ciò che non risulta (consid. 3.6). L'art. 47 cpv. 1 PPM non esclude in maniera assoluta una restituzione del termine a favore dell'uditore; tale norma è tuttavia stata concepita in primo luogo per l'accusato (consid. 3.6).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 2 (937 v. 21.6.2024)</p>	<p>Art. 117 al. 3 let. c PPM ; art. 151 al. 5 PPM ; indemnités du défendeur de choix (recours)</p> <p>L'indemnité équitable pour les frais d'avocat, à laquelle a droit celui qui a un défenseur de choix, doit être fixée selon un double critère, ayant trait, d'une part, au volume de travail et, d'autre part, au tarif horaire (consid. 3.1). L'État doit en principe indemniser la totalité des frais de défense, ceux-ci devant toutefois demeurer raisonnables compte tenu de la complexité et de la difficulté de l'affaire (ibid.). Les honoraires doivent paraître adéquats et adaptés aux enjeux particuliers du cas d'espèce, ce qui implique une forme de raisonnement fondé sur la proportionnalité (ibid.). Cas d'application de ces principes, dans lequel les honoraires ont été excessivement réduits (consid. 3.2).</p> <p>Art. 117 Abs. 3 Bst. c MStP; Art. 151 Abs. 5 MStP; angemessene Entschädigung des Wahlverteidigers (Rekurs)</p> <p>Eine angemessene Entschädigung für Anwaltskosten, die demjenigen zusteht, der von einem Wahlverteidiger vertreten wird, muss gemäss einem doppelten Kriterium bestimmt werden, welches einerseits das Arbeitsvolumen und andererseits den Stundentarif berücksichtigt (E. 3.1). Grundsätzlich sind sämtliche Anwaltskosten zu entschädigen, welche allerdings unter den Gesichtspunkten der Komplexität und der Schwierigkeit des Falles als vernünftig erscheinen müssen (ibid.). Die Honorare müssen als angemessen erscheinen und sind den besonderen Umständen des Einzelfalles anzupassen, was eine Verhältnismässigkeitsüberlegung voraussetzt (ibid.). Im vorliegenden Fall übermässige Herabsetzung der Honorare (E. 3.2).</p> <p>Art. 117 cpv. 3 lett. c PPM; art. 151 cpv. 5 PPM; congrua indennità del difensore di fiducia (ricorso)</p> <p>La congrua indennità per le spese d'avvocato a cui ha diritto colui che è assistito da un difensore di fiducia deve essere fissata secondo un duplice criterio che tenga conto, da un lato, del volume di lavoro e, dall'altro, della tariffa oraria (consid. 3.1). Lo Stato deve di principio indennizzare la totalità delle spese della difesa, le quali devono tuttavia risultare ragionevoli tenuto conto della complessità e della difficoltà del caso (ibid.). Gli onorari devono risultare adeguati ed essere adattati alle circostanze particolari del caso di specie, ciò che implica una riflessione basata sulla proporzionalità (ibid.). Applicazione di tali principi nel caso di specie, dove gli onorari sono stati ridotti in maniera eccessiva (consid. 3.2).</p>



MKGE 16 Nr. 3
(938 v. 21.6.2024)

Art. 34 Abs. 1 und 3, 35 Abs. 7, 90 Abs. 2 SVG; Art. 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 19 MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. d und e MStP; grobe Verletzung der Verkehrsregeln, Sachverhaltsirrtum, rechtfertigender Notstand (Notstandshilfe), Verbotsirrtum, Kassationsgründe der Verletzung des Strafgesetzes und der unzureichenden Begründung (Kassationsbeschwerde)

Der objektive Tatbestand der groben Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 2 SVG ist gegeben, wenn der Täter eine wichtige Verkehrsvorschrift in objektiv schwerer Weise missachtet und dadurch die Verkehrssicherheit ernstlich gefährdet. Eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer liegt bereits bei einer erhöhten abstrakten Gefährdung vor. Eine solche setzt die naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung voraus (E. 2a).

Bei der Behinderung eines Überholmanövers liegt die konkrete Gefahr einer Auffahr- oder Streifkollision nahe. Das Ausschwenken des Angeklagten führte zu einer naheliegenden Möglichkeit einer konkreten Gefährdung anderer. Der objektive Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 SVG ist erfüllt (E. 2c).

Der subjektive Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG erfordert ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten, d.h. ein schweres Verschulden. Es genügt grobe Fahrlässigkeit. Diese kann auch dann vorliegen, wenn der Täter die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer nicht bedenkt, also unbewusst fahrlässig handelt (E. 2d; *in casu* erfüllt).

Vorliegend ging vom Überholmanöver keine unmittelbare und konkrete Gefährdung, sondern eine bloss abstrakte Gefahr für Leib und Leben bestimmter Verkehrsteilnehmer aus. Die Vorinstanz verneinte deshalb eine rechtfertigende Notstandshilfe nach Art. 17 Abs. 1 MStG zu Recht (E. 3c).

Die bloss Vorstellung der Möglichkeit einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib und Leben bestimmter Personen genügt nicht zur Annahme eines Putativnotstands. Der Täter muss vielmehr Umstände nachweisen, die bei ihm den Glauben erwecken konnten, dass er sich in einer Notstandslage befinde (E. 3g).

Es musste dem Angeklagten bewusst gewesen sein, dass das Überholmanöver keine unmittelbare und konkrete Gefahr schuf. Er kann sich daher nicht darauf berufen, irrtümlich eine unmittelbare Gefahr angenommen zu haben (E. 3h).

Der Angeklagte ging irrtümlich davon aus, dass die Annahme einer (erhöhten) abstrakten Gefährdung für einen rechtfertigenden Sachverhaltsirrtum über eine Notstandslage (Putativnotstand) genüge. Er verkannte demnach die Rechtslage, was das Institut des Verbotsirrtums nach Art. 19 MStG beschlägt (E. 3h).

Der Verbotsirrtum muss auf Umständen beruhen, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch in die Irre hätte führen lassen. Solche Umstände legt der Angeklagte nicht dar (E. 4).



Art. 34 al. 1 et 3, 35 al. 7, 90 al. 2 LCR ; art. 14 al. 1, 17 al. 1 et 19 CPM ; art. 185 al. 1 let. d et e PPM ; violation grave des règles de la circulation routière, erreur sur les faits, état de nécessité licite, erreur sur l'illicéité, motif de cassation relatif à la violation de la loi pénale et à l'insuffisance de motivation (pourvoi en cassation)

L'élément objectif de l'infraction de violation grave des règles de la circulation routière au sens de l'art. 90 al. 2 LCR est réalisé lorsque l'auteur viole une règle importante de manière objectivement grave et met ainsi sérieusement en danger la sécurité du trafic. Un danger sérieux pour autrui peut déjà résulter d'une mise en danger abstraite accrue. Celle-ci suppose une possibilité réelle de mise en danger concrète ou de lésion (consid. 2a).

En cas d'entrave à une manoeuvre de dépassement, il existe un danger concret de collision. L'écart effectué par l'accusé a créé une possibilité sérieuse de mise en danger concrète d'autrui. L'élément objectif de la violation grave des règles de la circulation routière est réalisé (consid. 2c).

L'élément subjectif de l'infraction sanctionnée par l'art. 90 al. 2 LCR implique un comportement dénué de scrupules ou tout au moins un comportement gravement contraire aux règles de la circulation routière, partant une faute grave. Une négligence grave est suffisante. Une telle faute grave peut aussi être admise lorsque l'auteur ne tient pas compte de la mise en danger des autres usagers de la route, par négligence inconsciente (consid. 2d ; en l'espèce réalisé).

Dans le cas d'espèce, il n'a résulté de la manoeuvre de dépassement aucune mise en danger immédiate et concrète, mais une simple mise en danger abstraite de la vie et de l'intégrité de certains usagers déterminés. L'autorité précédente a ainsi dénié à juste titre l'hypothèse d'un état de nécessité licite en faveur d'autrui au sens de l'art. 17 al. 1 CPM (consid. 3c).

Le simple fait de concevoir la possibilité d'un danger imminent impossible à détourner autrement pour la vie et l'intégrité de personnes déterminées ne suffit pas pour admettre un cas d'état de nécessité putatif. L'auteur doit au contraire établir les circonstances qui étaient de nature à lui faire penser qu'il se trouvait en état de nécessité (consid. 3g).

L'accusé devait réaliser que la manoeuvre de dépassement ne créait pas de danger immédiat et concret. Il ne peut donc pas prétendre avoir admis par erreur l'existence d'un tel danger (consid. 3h).

L'accusé fait fausse route en considérant que la prise en compte d'une mise en danger abstraite accrue suffisait à considérer une erreur sur les faits permettant d'admettre un état de nécessité putatif. L'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 19 CPM est ainsi exclue (consid. 3h).

L'erreur sur l'illicéité doit se rapporter à des circonstances dans lesquelles une personne consciencieuse aurait pu tomber dans l'erreur. De telles circonstances ne sont pas exposées en l'espèce (consid. 4).



Art. 34 cpv. 1 e 3, 35 cpv. 7, 90 cpv. 2 LCStr; art. 14 cpv. 1, 17 cpv. 1, 19 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. d ed e PPM; grave infrazione alle norme della circolazione, errore sui fatti, stato di necessità esimente (aiuto in caso di stato di necessità), errore sull'illiceità, motivi di cassazione della violazione della legge penale e della motivazione insufficiente (ricorso per cassazione)

La fattispecie oggettiva della grave infrazione alle norme della circolazione ai sensi dell'art. 90 cpv. 2 LCStr risulta adempiuta quando l'autore disattende in modo oggettivamente grave una regola fondamentale della circolazione e pone così in serio pericolo la sicurezza del traffico. Un serio pericolo per la sicurezza di terzi va ammesso già in caso di messa in pericolo astratta accresciuta. Quest'ultima presuppone la possibilità imminente di una messa in pericolo concreta o di una lesione (consid. 2a).

Nel caso di impedimento di una manovra di sorpasso, il pericolo concreto di un tamponamento o di una collisione laterale risulta evidente. Lo sbandamento dell'accusato ha comportato la possibilità imminente di una messa in pericolo concreta di terzi. La fattispecie oggettiva della grave infrazione alle norme della circolazione ai sensi dell'art. 90 cpv. 2 LCStr risulta adempiuta (consid. 2c).

La fattispecie soggettiva dell'art. 90 cpv. 2 LCStr presuppone un comportamento senza riguardi o gravemente contrario alle norme della circolazione, vale a dire una colpa grave. È sufficiente una negligenza grave. Quest'ultima può realizzarsi anche quando l'autore non ha preso in considerazione la messa in pericolo degli altri utenti della strada, agendo quindi in modo inconsapevolmente negligente (consid. 2d; presupposto *in casu* adempiuto).

Nel caso in esame, la manovra di sorpasso non ha causato una messa in pericolo imminente e concreta, ma bensì un mero pericolo astratto per la vita e l'integrità fisica di determinati utenti della strada. Pertanto, l'istanza inferiore ha negato a ragione un aiuto in caso di uno stato di necessità esimente ai sensi dell'art. 17 cpv. 1 CPM (consid. 3c).

La semplice supposizione concernente la possibilità di un pericolo imminente e non evitabile per la vita e l'integrità fisica di determinate persone non è sufficiente per ammettere uno stato di necessità putativo. L'autore deve dimostrare le circostanze che gli hanno fatto credere di trovarsi in uno stato di necessità (consid. 3g).

L'accusato doveva essere consapevole del fatto che la manovra di sorpasso non aveva creato un pericolo imminente e concreto. Egli non può quindi sostenere di aver erroneamente ritenuto dato un pericolo imminente (consid. 3h).

L'accusato credeva erroneamente che una messa in pericolo astratta (accresciuta) fosse sufficiente per ammettere un errore sui fatti esimente concernente uno stato di necessità (stato di necessità putativo). Egli ha quindi errato sulla situazione giuridica, ciò che riguarda l'istituto dell'errore sull'illiceità ai sensi dell'art. 19 CPM (consid. 3h).

	<p>L'errore sull'illiceità deve basarsi su circostanze che avrebbero tratto in errore anche una persona coscienziosa. L'accusato non adduce circostanze di questo tipo (consid. 4).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 4 (939 v. 20.9.2024)</p>	<p>Art. 200 al. 1 let. a PPM ; art. 54 LTF ; langue de la procédure ; demande de révision, en l'occurrence d'une ordonnance de condamnation (révision)</p> <p>La Procédure pénale militaire (PPM) ne règle pas de manière explicite la langue des mémoires et de la procédure devant le Tribunal militaire de cassation. Application par analogie de l'art. 54 al. 1 LTF, qui prévoit que la procédure est conduite dans l'une des langues officielles (allemand, français, italien, rumantsch grischun), en règle générale dans la langue de la décision attaquée ; en l'espèce et sur cette base, l'arrêt est rédigé en français (consid. 1). Rappel des principes généraux, strictes, concernant la révision d'une décision pénale (consid. 2.3.1) ; la procédure de révision ne saurait permettre de rediscuter la validité d'un moyen de preuve, dont la licéité aurait pu être contestée au préalable ; une demande de révision fondée sur le prétendu caractère illicite d'un moyen de preuve, et non sur l'invocation d'un fait ou d'un moyen de preuve nouveaux et sérieux, doit être déclarée irrecevable (consid. 2.3.2).</p> <p>Art. 200 Abs. 1 Bst. a MStP; Art. 54 BGG; Verfahrenssprache; Revisionsgesuch, vorliegend betreffend ein Strafmandat (Revision)</p> <p>Der Militärstrafprozess (MStP) gibt die Sprache von Eingaben und des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht nicht ausdrücklich vor. Analoge Anwendung von Art. 54 Abs. 1 BGG, wonach das Verfahren in einer der Amtssprachen (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) geführt wird, in der Regel in der Sprache des angefochtenen Entscheids. Gestützt darauf ergeht das Urteil in französischer Sprache (E. 1). Darlegung der allgemeinen, strengen Voraussetzungen einer Revision eines Entscheids in Strafsachen (E. 2.3.1). Das Revisionsverfahren dient nicht dazu, die Verwertbarkeit eines Beweismittels wieder in Frage zu stellen, dessen Rechtmässigkeit bereits im Voraus hätte beanstandet werden können; auf ein Revisionsgesuch ist nicht einzutreten, wenn eine Unverwertbarkeit eines Beweismittels geltend gemacht wird, nicht aber das Vorliegen neuer und erheblicher Tatsachen oder Beweismittel (E. 2.3.2).</p> <p>Art. 200 cpv. 1 lett. a PPM; art. 54 LTF; lingua del procedimento; domanda di revisione, nel caso di specie di un decreto d'accusa (revisione)</p> <p>La Procedura penale militare (PPM) non regola esplicitamente la lingua degli allegati e della procedura dinanzi al Tribunale militare di cassazione. Applicazione per analogia dell'art. 54 cpv. 1 LTF, il quale prevede che il procedimento si svolge in una delle lingue ufficiali (tedesco, francese, italiano, rumantsch grischun), di regola nella lingua della decisione impugnata; per questo motivo, nel caso di specie la sentenza viene redatta in francese (consid. 1). Ricapitola-</p>



	<p>zione dei principi generali, restrittivi, concernenti la revisione di una decisione penale (consid. 2.3.1); la procedura di revisione non permette di rimettere in discussione l'utilizzabilità di un mezzo di prova, la cui liceità avrebbe potuto essere contestata in precedenza; una domanda di revisione fondata sul preteso carattere illecito di un mezzo di prova, che non invoca un fatto o un mezzo di prova nuovo e serio, deve essere dichiarata irricevibile (consid. 2.3.2).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 5 (940 v. 21.6.2024)</p>	<p><i>Beschwerderecht des Oberauditors bei Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften (Art. 185 Abs. 1 Bst. c, 185 Abs. 2 und 186 Abs. 1 Satz 2 MStP); Verfahren gegen Abwesende (Art. 155 MStP); Vorladung durch öffentliche Bekanntmachung (Art. 125a MStP) (Kassationsbeschwerde)</i></p> <p>Der Oberauditor, der seine Legitimation auf Art. 186 Abs. 1 Satz 2 MStP stützt, kann mit seiner Kassationsbeschwerde gemäss Art. 185 Abs. 2 MStP grundsätzlich keine vom Vertreter der Anklage in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung nicht gerügten Verfahrensmängel vorbringen. Ausgenommen sind Fälle, in denen er zu Gunsten des Angeklagten Beschwerde führt, es sei denn, der von ihm angerufene Kassationsgrund im Sinne von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP werde vom Angeklagten selbst erfolgreich geltend gemacht, so dass es keiner Intervention des Oberauditors bedarf (E. 3).</p> <p>Grundvoraussetzung für die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens nach Art. 155 MStP ist die ordnungsgemässe Vorladung des Angeklagten. Vorladungen an Personen im Ausland sind unzulässig, auch wenn deren Anschrift bekannt ist. Eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nach Art. 125a MStP kommt generell erst dann in Betracht, wenn sämtliche zumutbaren Nachforschungsbemühungen zur Ermittlung des Aufenthaltes oder der Adresse in der Schweiz erfolglos geblieben sind. Vorliegend wurde offengelassen, ob die Nachforschungsbemühungen der Vorinstanz zur Ermittlung des Aufenthaltes des Beschuldigten oder seiner Adresse in der Schweiz als ausreichend erachtet werden können, da die öffentliche Bekanntmachung an schweren formellen Mängeln leidet und nicht mehr von einer gültigen Vorladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung gesprochen werden kann (E. 4).</p> <p><i>Droit de l'auditeur en chef de se pourvoir en cassation en cas de violation de dispositions essentielles de la procédure (art. 185 al. 1 let. c, 185 al. 2 et 186 al. 1 2ème phrase PPM) ; procédure par défaut (art. 155 PPM) ; citation par publication officielle (art. 125a PPM) (pourvoi en cassation)</i></p> <p>L'auditeur en chef, dont la légitimation repose sur l'art. 186 al. 1 2ème phrase PPM, ne peut en principe se plaindre, dans son pourvoi en cassation selon l'art. 185 al. 2 PPM, de violations procédurales qui n'auraient pas été dénoncées par le représentant de l'accusation lors des débats de l'autorité précédente. Font exception les cas où il se pourvoit en cassation en faveur de l'accusé, à moins que le motif de cassation – au sens de l'art. 185 al. 1 let. c PPM – qu'il invoque soit soulevé avec succès par l'accusé lui-même, de sorte qu'une</p>



intervention de l'auditeur en chef n'est pas nécessaire (consid. 3).

La condition de base pour la mise en œuvre de la procédure par défaut selon l'art. 155 PPM est la convocation en bonne et due forme de l'accusé. Les citations adressées à des personnes à l'étranger ne sont pas admissibles, même si l'adresse de celles-ci est connue. Une notification par publication officielle au sens de l'art. 125a PPM n'entre généralement en ligne de compte que si tous les efforts qui peuvent être raisonnablement exigés pour la recherche du lieu de séjour ou de l'adresse en Suisse sont restés vains. En l'espèce, la question de savoir si les efforts de l'autorité précédente pour déterminer le lieu de séjour de l'accusé ou son adresse en Suisse peuvent être considérés comme suffisants est laissée ouverte, car la publication officielle présentait de graves défauts formels, de sorte que l'on ne peut plus parler d'une citation valable de l'accusé aux débats (consid. 4).

Diritto di ricorso dell'uditore in capo in caso di violazione di essenziali disposizioni procedurali (art. 185 cpv. 1 lett. c, 185 cpv. 2 e 186 cpv. 1 seconda frase PPM); procedura contumacia (art. 155 PPM); citazione mediante pubblicazione (art. 125a PPM) (ricorso per cassazione)

L'uditore in capo, la cui legittimazione poggia sull'art. 186 cpv. 1 seconda frase PPM, con il suo ricorso per cassazione giusta l'art. 185 cpv. 2 PPM di principio non può addurre irregolarità procedurali che non sono state censurate dal rappresentante dell'accusa durante il dibattimento dinanzi all'autorità precedente. Sono riservati i casi in cui egli presenta ricorso in favore dell'accusato, salvo che il motivo di cassazione ai sensi dell'art. 185 cpv. 1 lett. c PPM da lui invocato sia già stato fatto valere con successo dallo stesso accusato, di modo che un intervento dell'uditore in capo non sia necessario (consid. 3).

Condizione fondamentale per lo svolgimento di una procedura contumacia secondo l'art. 155 PPM è la debita citazione dell'accusato. Le citazioni di persone all'estero sono escluse, anche quando il loro indirizzo è conosciuto. Una notifica mediante pubblicazione secondo l'art. 125a PPM entra generalmente in considerazione unicamente quando i ragionevoli sforzi compiuti per determinare la dimora o l'indirizzo in Svizzera sono rimasti infruttuosi. Nel caso di specie, la questione a sapere se l'istanza precedente ha compiuto sforzi sufficienti per determinare la dimora dell'imputato o il suo indirizzo in Svizzera è stata lasciata aperta, ritenuto che la pubblicazione presentava gravi lacune formali, motivo per cui non si era più in presenza di una valida citazione dell'accusato al dibattimento (consid. 4).



MKGE 16 Nr. 6
(941 v. 20.9.2024)

Art. 157 und 159a MStG; Art. 46 Abs. 4 Satz 1, 149 Abs. 1, 185 Abs. 1 Bst. d und f, 187 Abs. 1 MStP; Ausnützung der militärischen Stellung, sexuelle Belästigung, leichter Fall, Kassationsgründe der Verletzung des Strafgesetzes und der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung, Rechtsnatur der Frist zur Begründung der Kassationsbeschwerde (Kassationsbeschwerde)

Die gemäss Art. 187 Abs. 1 MStP nach Eingang der Anmeldung der Kassationsbeschwerde gesetzte Frist von 20 Tagen zur schriftlichen Begründung ist eine gesetzliche Verwirkungsfrist, die nicht erstreckbar ist (E. 1b).

Eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung im Sinne des Kassationsgrunds von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP führt erst dann zur Aufhebung des Urteils, wenn ein Einfluss der falschen Feststellungen auf das Urteil glaubhaft gemacht werden kann. Erforderlich ist mithin, dass sich der Mangel auf den Entscheid ausgewirkt hat, wobei sich eine Aufhebung einzig rechtfertigt, wenn das Urteil auch im Ergebnis willkürlich ist (E. 2b).

Der Tatbestand der Ausnützung der militärischen Stellung schützt zum einen die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung und zum anderen die militärische Disziplin und Ordnung und damit die Aufrechterhaltung eines effizienten und störungsfreien Dienstbetriebes (E. 3d).

Als sexuelle Handlungen gelten generell sämtliche Verhaltensweisen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild eindeutig sexualbezogen sind. Die Einwirkungen des Angeklagten vermögen den geforderten Erheblichkeitsgrad von sexuellen Handlungen im Sinne von Art. 157 MStG insgesamt zu erreichen (E. 4a).

Eine Ausnützung der militärischen Stellung setzt voraus, dass die geschädigte Person die sexuelle Handlung einzig wegen der militärischen Stellung des Täters vornimmt oder duldet. Diese muss mit anderen Worten kausal dafür sein, dass der Täter die sexuellen Handlungen überhaupt erlangt (Motivationszusammenhang in casu verneint; E. 4c).

Bei der Beurteilung, ob ein leichter Fall einer sexuellen Belästigung vorliegt, sind unter anderem die Intensität der Beeinträchtigung der in Frage stehenden Rechtsgüter und die subjektive Betroffenheit der geschädigten Person zu berücksichtigen (E. 5b und c).

Vorliegend liegt bei einer Gesamtbetrachtung kein leichter Fall einer sexuellen Belästigung vor. Die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung erscheint nicht mehr als geringfügig, zumal mehrere nicht einvernehmliche Berührungen in Frage stehen und die Geschädigte durch den Vorfall während einer längeren Zeit gesundheitlich belastet war (E. 5c und d).



Art. 157 et 159a CPM ; art. 46 al. 4 1^{ère} phrase, 149 al. 1, 185 al. 1 let. d et f, 187 al. 1 PPM ; exploitation d'une situation militaire, désagréments d'ordre sexuel, cas de peu de gravité, motifs de cassation relatifs à une violation de la loi pénale et à l'établissement arbitraire des faits, nature juridique du délai pour motiver le pourvoi (pourvoi en cassation)

Le délai de 20 jours, fixé par l'art. 187 al. 1 PPM, pour motiver par écrit le pourvoi après l'annonce du pourvoi en cassation, est un délai légal de péremption, qui ne peut être prolongé (consid. 1b).

Un établissement arbitraire des faits au sens du motif de cassation de l'art. 185 al. 1 let. f PPM n'entraîne l'annulation du jugement que si une influence des constatations erronées sur la décision peut être rendue vraisemblable. Il faut que le manquement ait produit un effet sur le jugement. Une annulation ne se justifie donc que si la décision est également arbitraire dans son résultat (consid. 2b).

L'infraction d'exploitation d'une situation militaire protège, d'une part, la liberté d'autodétermination sexuelle et, d'autre part, la discipline et l'ordre militaires, et donc le maintien d'une marche du service efficace et exempte de perturbations (consid. 3d).

Sont généralement considérés comme des actes d'ordre sexuel tous les comportements qui, de par leur apparence extérieure, sont clairement liés au sexe. Les agissements de l'accusé, pris dans leur ensemble, atteignent le degré de gravité d'actes d'ordre sexuel au sens de l'art. 157 CPM (consid. 4a).

L'exploitation d'une situation militaire suppose que la personne lésée commette ou tolère l'acte d'ordre sexuel uniquement en raison de la situation militaire de l'auteur. En d'autres termes, celle-ci doit être un facteur causal pour que l'auteur obtienne les actes d'ordre sexuel (facteur causal nié in casu ; consid. 4c).

Pour déterminer si l'on est en présence d'un cas de désagréments d'ordre sexuel de peu de gravité, il faut notamment tenir compte de l'intensité de l'atteinte aux biens juridiques en question ainsi que du ressenti subjectif de la personne lésée (consid. 5b et c).

En l'occurrence, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il ne s'agit pas d'un cas de désagréments d'ordre sexuel de peu de gravité. L'atteinte à l'autodétermination sexuelle n'apparaît plus comme minime, d'autant que plusieurs attouchements non consentis sont en cause et que l'incident a affecté la santé de la victime pendant une longue période (consid. 5c et d).

Art. 157 e 159a CPM; art. 46 cpv. 4 prima frase, 149 cpv. 1, 185 cpv. 1 lett. d e f, 187 cpv. 1 PPM; abuso della posizione militare, molestia sessuale, caso poco grave, motivi di cassazione della violazione della legge penale e dell'accertamento arbitrario dei fatti, natura giuridica del termine per motivare il ricorso per cassazione (ricorso per cassazione)

Il termine di 20 giorni per la motivazione scritta assegnato giusta l'art. 187 cpv. 1 PPM dopo la ricezione dell'annuncio del ricorso per cassazione è un termine legale di perenzione non prorogabile (consid. 1b).



	<p>Un accertamento arbitrario dei fatti ai sensi del motivo di cassazione di cui all'art. 185 cpv. 1 lett. f PPM comporta l'annullamento della sentenza unicamente se un'influenza degli accertamenti errati sulla sentenza possa essere resa verosimile. È quindi necessario che la lacuna abbia avuto un effetto sulla sentenza. Un annullamento si giustifica unicamente qualora la sentenza anche nel suo risultato sia arbitraria (consid. 2b).</p> <p>Il reato di abuso della posizione militare tutela da un lato la libertà dell'autodeterminazione sessuale e dall'altro la disciplina e l'ordine militari e, in questo modo, il mantenimento di un andamento del servizio efficace e privo di perturbamenti (consid. 3d).</p> <p>Quali atti sessuali valgono tutti i comportamenti che, secondo la loro impressione esterna, hanno un chiaro riferimento sessuale. I comportamenti dell'accusato raggiungono nel loro insieme un grado di rilevanza sufficiente per poter essere considerati atti sessuali ai sensi dell'art. 157 CPM (consid. 4a).</p> <p>Un abuso della posizione militare presuppone che la parte lesa compia o tolleri l'atto sessuale unicamente a causa della posizione militare dell'autore. In altre parole, tale posizione deve essere causale per l'ottenimento di atti sessuali da parte dell'autore (rapporto motivazionale negato nel caso di specie; consid. 4c).</p> <p>Nella valutazione circa l'esistenza di un caso poco grave di molestia sessuale, devono essere considerate tra le altre l'intensità della lesione dei beni giuridici coinvolti e quanto la parte lesa sia stata soggettivamente colpita (consid. 5b e c).</p> <p>Nel caso di specie, una valutazione complessiva non permette di ammettere un caso poco grave di molestia sessuale. La lesione dell'autodeterminazione sessuale non risulta più esigua, ritenuto che si tratta di molteplici contatti non consensuali e che la parte lesa, a seguito del fatto, per un lungo periodo di tempo ne ha risentito fisicamente (consid. 5c e d).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 7 (942 v. 22.11.2024)</p>	<p>Art. 171c Abs. 1 MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. d, 187 Abs. 1 MStP; Rügeprinzip; Diskriminierung und Aufruf zu Hass; Öffentlichkeit (Kassationsbeschwerde)</p> <p>Das Militärkassationsgericht kennt – im Gegensatz zum Bundesgericht – kein strenges Rügeprinzip im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BGG. Dies entbindet nicht davon, die Kassationsbeschwerde zu begründen. Die Einreichung einer inhaltsleeren Begründung kann ausreichend sein, um zumindest auf die Beschwerde einzutreten (E. 2b).</p> <p>Der Begriff der Öffentlichkeit im Sinne des Tatbestandes der Diskriminierung zu Aufruf und Hass gemäss Art. 171c Abs. 1 MStG wird über die Abgrenzung zur Privatheit definiert. Verhaltensweisen und Aussagen im Militärdienst sind nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts grundsätzlich öffentlich. Privat sind aber Aussagen unter vier Augen – konkret das Absetzen einer Sprachnachricht auf ein Mobiltelefon – und damit unter Ausschluss jeglicher Wahrnehmungsmöglichkeit Dritter. Gleiches gilt bei weiteren Anwesen-</p>



den, wenn die zufällige Wahrnehmung Dritter ausgeschlossen ist und (kumulativ) zugleich konkrete Hinweise auf ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Wahrnehmenden besteht. Ein besonderes Vertrauensverhältnis setzt eine gesteigerte, mithin über die blossе militärische Zwangsgemeinschaft hinausgehende persönliche Beziehung zwischen Täter und Mithörern voraus (E. 3a/bb). Faktoren, welche geeignet sind, ein besonderes Vertrauensverhältnis zu begründen (E. 3c).

Art. 171c al. 1 CPM ; art. 185 al. 1 let. d, 187 al. 1 PPM ; principe d'allégation ; discrimination et incitation à la haine ; publicité (pourvoi en cassation)

Contrairement au Tribunal fédéral, le Tribunal militaire de cassation ne connaît pas le principe strict d'allégation au sens de l'art. 42 al. 2 LTF. Cela ne dispense pas de motiver le pourvoi en cassation. La présentation d'une motivation sans substance peut être suffisante, à tout le moins pour entrer en matière sur le pourvoi (consid. 2b).

La notion de publicité au sens de l'infraction de discrimination et incitation à la haine selon l'art. 171c al. 1 CPM se définit par rapport aux limites du cadre privé. Selon la jurisprudence du Tribunal militaire de cassation, les comportements et les déclarations au service militaire ont en principe un caractère public. Sont privées les déclarations faites entre quatre yeux – concrètement, l'envoi d'un message vocal sur un téléphone portable – excluant donc toute possibilité de perception par des tiers. Il en va de même pour les déclarations faites en présence d'autres personnes, lorsqu'une perception fortuite par des tiers est exclue et (cumulativement) que des indices concrets montrent l'existence d'une relation de confiance particulière entre l'auteur et ceux qui perçoivent ces déclarations. Une relation de confiance particulière suppose un rapport personnel étroit – dépassant ainsi la simple communauté militaire forcée – entre l'auteur et les personnes percevant ses déclarations (consid. 3a/bb). Facteurs susceptibles de fonder une relation de confiance particulière (consid. 3c).

Art. 171c cpv. 1 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. d, 187 cpv. 1 PPM; principio dell'allegazione; discriminazione e incitamento all'odio; nozione di "pubblico" (ricorso per cassazione)

Il Tribunale militare di cassazione, a differenza del Tribunale federale, non esige il rispetto di un principio dell'allegazione ai sensi dell'art. 42 cpv. 2 LTF. Ciò non esime dall'obbligo di motivare il ricorso per cassazione. L'inoltro di una motivazione priva di contenuto può essere sufficiente, perlomeno per ritenere data l'ammissibilità del ricorso (consid. 2b).

La nozione di "pubblico" ai sensi del reato della discriminazione e incitamento all'odio secondo l'art. 171c cpv. 1 CPM viene definita mediante delimitazione dal "privato". Secondo la giurisprudenza del Tribunale militare di cassazione, i comportamenti e le affermazioni durante il servizio militare sono di principio pubblici. Al contrario, conversazioni a quattr'occhi – in concreto l'invio di un messaggio vocale su un telefono cellulare – e che quindi escludono qualsiasi possibilità di percezione da parte di terzi sono da considerarsi private.



	<p>Lo stesso vale per quanto concerne ulteriori persone presenti se la percezione causale della conversazione da parte di terzi è esclusa e (cumulativamente) sussistono indicazioni concrete circa l'esistenza di un rapporto particolare di fiducia tra l'autore e le persone che ascoltano le sue affermazioni. Un rapporto particolare di fiducia presuppone un rapporto personale di un'intensità accresciuta, che quindi vada al di là della semplice coesistenza militare forzata, tra l'autore e i suoi ascoltatori (consid. 3a/bb). Fattori idonei a costituire un rapporto particolare di fiducia (consid. 3c).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 8 (943 v. 22.11.2024)</p>	<p>Art. 71 CPM ; art. 185 al. 1 let. d, e et f PPM ; art. 9 Cst ; pouvoir d'examen du Tribunal militaire de cassation concernant l'établissement des faits et l'appréciation des preuves ; rappel des principes en la matière ; voies de fait et menaces sur un subordonné ; coactivité ; fait justificatif extra-légal du consentement du lésé (volenti non fit injuria) ; bizutage (pourvoi en cassation)</p> <p>A l'instar du Tribunal fédéral, le Tribunal militaire de cassation n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il n'est pas un juge du fait et il est lié par les constatations de fait ressortant de la décision entreprise, à moins qu'elles n'aient été établies de façon arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (consid. 2.1).</p> <p>Rappel des éléments constitutifs de l'infraction de voies de fait et menaces sur un subordonné réprimée par l'art. 71 CPM (consid. 3.1.1) et rappel des principes relatif à figure de la coactivité ; lorsque les conditions de la coactivité sont réalisées, chaque protagoniste répond pour ce que les autres ont fait, tout se passant comme s'il avait accompli lui-même l'ensemble des actes d'exécution de l'infraction considérée ; cette imputation réciproque des contributions des différents coauteurs rend sans objet la question de la causalité (naturelle) de chacune d'entre elles prise isolément (consid. 3.1.2).</p> <p>Le consentement du lésé n'entre pas en ligne de compte face à l'infraction de voies de fait et menaces sur un subordonné au sens de l'art. 71 CPM ; les traditions au sein de l'armée doivent certes être préservées, mais celles-ci ne sauraient être dénaturées au point que l'on en vienne, en marge de véritables bizutages, à faire usage de la violence, respectivement à adopter des comportements constitutifs d'infractions pénales (consid. 4).</p> <p>Art. 71 MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. d, e und f MStP; Art. 9 BV; Kognition des Militärkassationsgerichts hinsichtlich Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung; Zusammenfassung der anwendbaren Grundsätze; Tätlichkeiten und Drohung zum Nachteil eines Untergebenen oder im Range Nachstehenden; Mittäterschaft; Einwilligung der geschädigten Person als aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund (volenti non fit injuria); «Hamburgertaufen» (Kassationsbeschwerde)</p> <p>Wie das Bundesgericht auch ist das Militärkassationsgericht keine</p>



Appellationsinstanz, vor welcher Tatsachen erneut frei vorgebracht werden könnten. Es ist kein Sachgericht und an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gebunden, ausser diese erweise sich als willkürlich im Sinne von Art. 9 BV (E. 2.1).

Zusammenfassung der Tatbestandsmerkmale der Tötlichkeiten und Drohung zum Nachteil eines Untergebenen oder im Range Nachstehenden gemäss Art. 71 MStG (E. 3.1.1) sowie der Voraussetzungen der Mittäterschaft. Der Mittäter haftet für die Tatbeiträge der anderen, wie wenn er die Gesamtheit der Tatbeiträge in eigener Person geleistet hätte; aufgrund dieser gegenseitigen Zurechnung stellt sich die Frage der (natürlichen) Kausalität der einzelnen Tatbeiträge nicht (E. 3.1.2).

Eine Einwilligung der geschädigten Person kommt bei Art. 71 MStG nicht in Betracht. In der Armee sind Traditionen freilich beizubehalten; diese können jedoch nicht in dem Sinne denaturiert werden, als im Rahmen von sogenannten «Hamburgertaufen» Gewalt angewendet wird oder Verhaltensweisen an den Tag gelegt werden, welche strafrechtlich relevant sind (E. 4).

Art. 71 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. d, e e f PPM; art. 9 Cost.; potere di esame del Tribunale militare di cassazione per quanto concerne l'accertamento dei fatti e la valutazione delle prove; riepilogo dei principi applicabili nella materia; vie di fatto e minacce a danno di un subalterno; correttezza; consenso della parte lesa quale motivo giustificativo extra-legale (volenti non fit injuria); rituali di iniziazione (ricorso per cassazione)

Come il Tribunale federale, anche il Tribunale militare di cassazione non è un'autorità d'appello dinanzi alla quale sarebbe possibile ridiscutere liberamente i fatti. Non è un giudice di fatto ed è vincolato ai fatti accertati nella decisione impugnata, a meno che il loro accertamento non sia stato svolto in modo arbitrario ai sensi dell'art. 9 Cost. (consid. 2.1).

Riassunto degli elementi costitutivi del reato di vie di fatto e minacce a danno di un subalterno secondo l'art. 71 CPM (consid. 3.1.1) e dei principi relativi alla correttezza; qualora le condizioni della correttezza sono realizzate, ogni protagonista risponde per quanto fatto dagli altri come se egli avesse compiuto in propria persona l'insieme degli atti volti alla realizzazione del reato in questione; questa imputazione reciproca dei contributi dei differenti coautori rende priva d'oggetto la questione della causalità (naturale) dei singoli contributi (consid. 3.1.2).

Il consenso della parte lesa non entra in linea di conto per quanto concerne il reato di vie di fatto e minacce a danno di un subalterno ai sensi dell'art. 71 CPM. Se da un lato le tradizioni all'interno dell'Esercito devono certamente essere mantenute, dall'altro lato tali usanze non possono essere snaturate al punto di fare uso, nell'ambito di rituali di iniziazione, di violenza, rispettivamente di adottare dei comportamenti costitutivi di reati penali (consid. 4).



<p>MKGE 16 Nr. 9 (944 v. 22.11.2024)</p>	<p>Art. 77 ch. 1 par. 2 CPM ; violation du secret de service de peu de gravité (pourvoi en cassation)</p> <p>Pour que l'on puisse admettre que l'infraction de l'art. 77 ch. 1 CPM est de peu de gravité, il faut qu'elle apparaisse comme telle sur le plan de la culpabilité, des mobiles, des circonstances personnelles et de la conduite militaire de l'auteur, ainsi que sous l'angle de la discipline de service. Le cas doit être de peu de gravité tant subjectivement qu'objectivement. Ces critères sont également valables pour apprécier la gravité de l'infraction commise par un membre du corps des gardes-frontière (consid. 4.1.2). Cas de peu de gravité admis en l'espèce (consid. 4.2).</p> <p>Art. 77 Ziff. 1 Abs. 2 MStG; leichter Fall einer Verletzung des Dienstgeheimnisses (Kassationsbeschwerde)</p> <p>Um einen leichten Fall des Tatbestands von Art. 77 Ziff. 1 MStG anzunehmen, muss dieser sowohl hinsichtlich des Verschuldens, der Motivlage, der persönlichen Umstände und der militärischen Führung des Täters wie auch unter dem Gesichtspunkt der dienstlichen Disziplin leicht erscheinen. Der Fall muss sich subjektiv wie objektiv als leicht erweisen. Die genannten Kriterien sind auch bezüglich einer Tatbestandsverwirklichung durch einen Angehörigen des Grenzwachtkorps massgeblich (E. 4.1.2). Leichter Fall in casu angenommen (E. 4.2).</p> <p>Art. 77 n. 1 cpv. 2 CPM; caso poco grave di violazione del segreto di servizio (ricorso per cassazione)</p> <p>L'esistenza di un caso poco grave del reato di cui all'art. 77 n. 1 CPM presuppone che la violazione risulti poco grave sul piano della colpa, dei motivi, delle circostanze personali e della condotta militare dell'autore, così come sul piano della disciplina di servizio. Il caso deve essere poco grave sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo. Questi criteri valgono anche per valutare la gravità di una violazione commessa da un membro del Corpo delle guardie di confine (consid. 4.1.2). Caso poco grave ammesso nel caso di specie (consid. 4.2).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 10 (945 v. 21.3.2025)</p>	<p>Art. 36 et 81 CPM ; sursis à l'exécution de la peine, refus de servir (pourvoi en cassation)</p> <p>La question du sursis doit être traitée de manière identique en droit pénal ordinaire et en droit pénal militaire, y compris en lien avec l'infraction de refus de servir au sens de l'art. 81 CPM. Le juge doit établir un pronostic sur le fait de savoir si le condamné risque de refuser à nouveau de servir à l'avenir. Le sursis à l'exécution de la peine ne saurait être systématiquement accordé lorsque le condamné n'a objectivement plus la possibilité de commettre un nouveau refus de servir (consid. 3).</p>



	<p>Art. 36 und 81 MStG; bedingter Strafvollzug, Militärdienstverweigerung (Kassationsbeschwerde)</p> <p>Auch hinsichtlich des Tatbestands der Militärdienstverweigerung und Desertion nach Art. 81 MStG ist die Frage des Aufschubs des Vollzugs der Strafe im Militärstrafrecht gleich wie im bürgerlichen Strafrecht zu behandeln. Der Richter hat eine Prognose darüber zu bilden, ob der Verurteilte den Militärdienst erneut verweigern wird. Der bedingte Strafvollzug kann dem Verurteilten nicht lediglich deshalb gewährt werden, weil er objektiv keine Möglichkeit mehr haben wird, den Militärdienst zu verweigern (E. 3).</p> <p>Art. 36 e 81 CPM; sospensione condizionale della pena, rifiuto del servizio (ricorso per cassazione)</p> <p>La questione della sospensione condizionale della pena deve essere trattata in maniera identica nel diritto penale ordinario e nel diritto penale militare, compresi i casi concernenti il reato di rifiuto del servizio ai sensi dell'art. 81 CPM. Il giudice deve formulare una prognosi concernente il rischio che il condannato in futuro rifiuti nuovamente di prestare servizio. La sospensione dell'esecuzione della pena non può essere sistematicamente concessa al condannato solo perché questi oggettivamente non ha più la possibilità di commettere un nuovo rifiuto del servizio (consid. 3).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 11 (946 v. 21.3.2025)</p>	<p>Art. 91 Abs. 2 Bst. b SVG; Art. 146 Abs. 1, 181 Abs. 3, 185 Abs. 1 Bst. f MStP; freie Beweiswürdigung; materielle Wahrheit; charakteristische Übermüdungssymptome; Sekundenschlaf (Kassationsbeschwerde)</p> <p>Tragweite und Grenzen des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung sowie dessen Verhältnis zum Gebot zur Erforschung der materiellen Wahrheit, welchem der Militärstrafprozess verpflichtet ist (E. 2c–e). Charakteristische Übermüdungssymptome, welche unmittelbar in einen Sekundenschlaf übergehen können (E. 4c–d).</p> <p>Art. 91 al. 2 let. b LCR ; art. 146 al. 1, 181 al. 3, 185 al. 1 let. f PPM ; libre appréciation des preuves ; vérité matérielle ; symptômes caractéristiques de fatigue ; assoupissement (pourvoi en cassation)</p> <p>Portée et limite du principe de la libre appréciation des preuves par le juge ainsi que son rapport avec l'obligation de rechercher la vérité matérielle, à laquelle est soumise la procédure pénale militaire (consid. 2c–e). Symptômes caractéristiques de fatigue, qui peuvent immédiatement laisser place à un assoupissement (consid. 4c–d).</p> <p>Art. 91 cpv. 2 lett. b LCStr; art. 146 cpv. 1, 181 cpv. 3, 185 cpv. 1 lett. f PPM; libera valutazione delle prove; verità materiale; sintomi caratteristici di sovraffaticamento; colpo di sonno (ricorso per cassazione)</p> <p>Portata e limiti del principio della libera valutazione delle prove e il suo rapporto con il principio della ricerca della verità materiale cui</p>



	<p>sottostà il procedimento penale militare (consid. 2c–e). Sintomi caratteristici di sovraffaticamento che possono immediatamente causare un colpo di sonno (consid. 4c–d).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 12 (947 v. 19.9.2025)</p>	<p>Art. 185 Abs. 1 Bst. d, 187 Abs. 1 MStP, Art. 41 ff. MStG, Art. 100 Ziff. 4 SVG; Rügeprinzip, Strafzumessung (Kassationsbeschwerde)</p> <p>Richtet sich die Kassationsbeschwerde gegen die vorinstanzliche Strafzumessung, tritt das Militärkassationsgericht nur dann darauf ein, wenn die beschwerdeführende Partei unter Bezugnahme auf das angefochtene Urteil hinreichend aufzeigt, inwiefern im konkreten Fall die Kriterien erfüllt sind, die es ihm erlauben, in die vorinstanzliche Strafzumessung einzugreifen (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 1). Im vorliegenden Fall ist weder rechtsgenügend dargetan noch ersichtlich, dass die Vorinstanz ihr Ermessen im Rahmen der Strafzumessung verletzt hat (E. 2).</p> <p>Art. 185 al. 1 let. d, 187 al. 1 PPM, art. 41 ss CPM, art. 100 ch. 4 LCR ; principe d'allégation qualifié, fixation de la peine (poursvoi en cassation)</p> <p>Si le pourvoi en cassation porte sur la fixation de la peine prononcée par l'autorité précédente, le Tribunal militaire de cassation n'entre en matière que si la partie recourante montre de manière suffisante, en se référant au jugement attaqué, dans quelle mesure les critères lui permettant d'intervenir dans la fixation de la peine prononcée sont remplis dans le cas concret (précision de la jurisprudence ; consid. 1). Dans le cas présent, il n'est pas démontré de manière juridiquement suffisante, ni évident, que l'autorité précédente aurait abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de la fixation de la peine (consid. 2).</p> <p>Art. 185 cpv. 1 lett. d, 187 cpv. 1 PPM, art. 41 ss. CPM, art. 100 n. 4 LC Str; principio dell'allegazione, commisurazione della pena (ricorso per cassazione)</p> <p>Nella misura in cui il ricorso per cassazione è rivolto contro la commisurazione della pena svolta dall'autorità inferiore, il Tribunale militare di cassazione entra nel merito dello stesso soltanto quando la parte ricorrente, facendo riferimento alla sentenza impugnata, dimostra in maniera sufficiente perché nel caso concreto sono adempiuti i presupposti che permettono di distanziarsi dalla commisurazione della pena svolta dall'autorità inferiore (precisazione della giurisprudenza; consid. 1). Nel caso di specie, una violazione del potere di apprezzamento dell'autorità inferiore nell'ambito della commisurazione della pena non è dimostrata e neppure ravvisabile (consid. 2).</p>



MKGE 16 Nr. 13
(948 v. 4.7.2025)

Art. 200 Abs. 1 Bst. a MSTP; Revision, fehlerhafte Berechnung der Diensttage (Revision)

Die Gutheissung eines Revisionsgesuches setzt im Wesentlichen die Neuheit der geltend gemachten Tatsachen oder Beweismittel sowie die Möglichkeit voraus, dass dadurch das Urteil bzw. Strafmandat beeinflusst werden könnte (E. 2b). Für die Prüfung des Revisionsgrunds von neuen Tatsachen oder Beweismitteln gilt ein strenger Massstab, da die Revision nicht dazu dienen darf, ein verpasstes Rechtsmittel nachzuholen (E. 2d). Das ergangene Urteil muss mit hoher Wahrscheinlichkeit falsch sein (E. 2f).

Es ist Aufgabe der Kontrollführung Grundausbildung des Kommandos Ausbildung – Personelles der Armee, die erfüllte Anzahl Diensttage korrekt zu berechnen. Im Zeitpunkt des Strafmandats war dies in casu nicht geschehen. Dieser Umstand war weder der zuständigen Verwaltungsstelle, dem Untersuchungsrichter, dem Auditor noch dem Beschuldigten gesichert bekannt und weder der Untersuchungsrichter noch der Auditor haben entsprechende Abklärungen getätigt. Es gereicht dem Beschuldigten daher nicht zum Nachteil, wenn die zuständige Stelle untätig bleibt (E. 4e).

Die schliesslich durchgeführte Neuberechnung der Diensttage ergab, dass der Beschuldigte seine Dienstleistungspflicht erfüllt hatte (E. 5b). Diese neu geltend gemachte Tatsache ist geeignet, eine Einstellung des Verfahrens oder zumindest ein erheblich geringeres Strafmass zu bewirken (E. 5c).

Art. 200 al. 1 let. a PPM ; révision, calcul erroné des jours de service (révision)

L'admission d'une demande de révision suppose essentiellement la nouveauté des faits ou des moyens de preuve invoqués, ainsi que la possibilité de voir ceux-ci influencer le jugement ou l'ordonnance de condamnation (consid. 2b). Pour l'examen du motif de révision fondé sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux, un critère strict doit être appliqué, car la révision ne doit pas servir à rattraper un recours manqué (consid. 2d). Il doit exister une forte probabilité que le jugement rendu soit erroné (consid. 2f).

Il incombe à la Tenue du contrôle du service d'instruction de base du commandement de l'instruction – Personnel de l'armée de calculer correctement le nombre de jours de service accomplis. A l'époque de l'ordonnance de condamnation, dans le cas d'espèce, cela n'avait pas été fait. Ni l'autorité administrative compétente, ni le juge d'instruction, ni l'auditeur, ni le prévenu n'en avaient une connaissance certaine, et ni le juge d'instruction ni l'auditeur n'ont procédé à des vérifications à ce sujet. Si l'autorité compétente reste inactive, le prévenu ne doit pas en subir un désavantage (consid. 4e).

Le nouveau calcul des jours de service finalement effectué a montré que le prévenu avait accompli son service obligatoire (consid. 5b). Ce fait nouvellement invoqué est de nature à entraîner un classement de la procédure ou, à tout le moins, une nette réduction de la peine (consid. 5c).



	<p>Art. 200 cpv. 1 lett. a PPM; revisione, calcolo erroneo dei giorni di servizio (revisione)</p> <p>L'ammissione di una domanda di revisione presuppone in buona sostanza la novità dei fatti o dei mezzi di prova adottati e la possibilità che questi possano influire sulla sentenza rispettivamente sul decreto d'accusa (consid. 2b). Per l'esame del motivo di revisione in caso di fatti o mezzi di prova nuovi si applica un criterio restrittivo, ritenuto che la revisione non è destinata a permettere di recuperare un rimedio giuridico che non è stato presentato (consid. 2d). La sentenza pronunciata deve essere con alta probabilità errata (consid. 2f).</p> <p>È compito della tenuta dei controlli dell'istruzione di base del Comando Istruzione – Personale dell'esercito calcolare correttamente il numero dei giorni di servizio. Ciò non era il caso al momento dell'emaneazione del decreto d'accusa. Tale circostanza non era nota all'autorità amministrativa competente, al giudice istruttore, all'uditore e nemmeno all'imputato. Accertamenti al riguardo non sono stati svolti né dal giudice istruttore né dall'uditore. Pertanto, il fatto che l'autorità competente sia rimasta inattiva non va a detrimento dell'imputato (consid. 4e).</p> <p>Il successivo ricalcolo dei giorni di servizio ha rivelato che l'imputato aveva adempiuto il suo obbligo di prestare servizio (consid. 5b). Questo fatto nuovo è idoneo a comportare l'abbandono del procedimento o quantomeno una significativa riduzione della pena (consid. 5c).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 14 (949 v. 19.9.2025)</p>	<p>Art. 72 und 78 MStG; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, Fälschung dienstlicher Aktenstücke, Annahme eines leichten Falles (Kassationsbeschwerde)</p> <p>Ein Fall gilt dann als leicht, wenn die Tat unter Berücksichtigung des Verschuldens, der Beweggründe, der persönlichen Verhältnisse und der dienstlichen Führung des Fehlbaren sowie unter Berücksichtigung eines geordneten Dienstes als geringfügig erscheint, wobei eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu erfolgen hat. Dabei muss der Fall sowohl in objektiver (Tatkomponente) als auch in subjektiver Hinsicht (Täterkomponente) geringfügig sein. Letztlich haben gewichtige Gründe vorzuliegen, welche das bewirkte Unrecht als gering erscheinen lassen (Strafminderungsgründe), und Anhaltspunkte für besonderes Unrecht zu fehlen (Straferhöhungsgründe) (E. 4.).</p> <p>In casu Verneinung eines leichten Falles (E. 5.1).</p> <p>Der Angeklagte kann nichts zu seinen Gunsten ableiten, dass sich sein Verhalten nicht zum spezifischen Nachteil der betroffenen Covid-Patienten ausgewirkt habe. Das strafrechtlich relevante Unrecht bestimmt sich mithin unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Gefährdung oder gar Verletzung eines Rechtsguts (E. 5.6).</p>



Art. 72 et 78 CPM ; inobservation des prescriptions de service, faux dans les documents de service, admission d'un cas de peu de gravité (pourvoi en cassation)

Un cas est considéré comme de peu de gravité lorsque l'acte semble insignifiant compte tenu de la culpabilité, des mobiles, de la situation personnelle et de la conduite au service militaire du fautif, une appréciation globale de l'acte et de son auteur devant être effectuée. Le cas doit être peu de gravité aussi bien d'un point de vue objectif (« Tatkomponente ») que subjectif (« Täterkomponente »). Enfin, il doit exister des raisons importantes qui font apparaître le tort causé comme mineur (circonstances permettant l'atténuation de la peine), tandis qu'il ne doit pas exister d'indices relatifs à un tort particulier (circonstances permettant l'aggravation de la peine) (consid. 4).

Dans le cas d'espèce, refus d'admettre le cas léger (consid. 5.1).

L'accusé ne peut invoquer à sa décharge le fait que son comportement n'ait pas produit de conséquences négatives spécifiques pour les patients atteints de Covid. Le tort pénalement pertinent est donc déterminé indépendamment de l'existence d'un danger concret ou même d'une atteinte à un bien juridique (consid. 5.6).

Art. 72 e 78 CPM; inosservanza di prescrizioni di servizio, falsità in documenti di servizio, ammissione di un caso di poca gravità (ricorso per cassazione)

Un caso poco grave può essere ammesso quando l'atto è di poca gravità tenuto conto della colpa, dei motivi, della situazione personale e della condotta durante il servizio militare dell'interessato nonché dell'andamento ordinato del servizio. È necessaria una valutazione globale dell'atto e dell'autore. Il caso deve essere di poca gravità sia da un punto di vista oggettivo (circostanze legate all'atto stesso) che soggettivo (circostanze afferenti la situazione personale dell'autore). In definitiva, devono sussistere motivi importanti che lascino apparire il torto causato di poca gravità (motivi di diminuzione della pena) e non devono esserci indicazioni di un particolare torto subito (motivi di inasprimento della pena; consid. 4).

Nel caso di specie, negazione di un caso di poca gravità (consid. 5.1).

L'accusato non può dedurre alcunché a suo favore dal fatto che il suo comportamento non ha avuto uno specifico effetto a danno dei pazienti interessati affetti da Covid. Il torto subito, rilevante nel diritto penale, si determina indipendentemente dalla sussistenza di una messa in pericolo concreta o dalla lesione di un bene giuridico (consid. 5.6).



MKGE 16 Nr. 15
(950 v. 28.11.2025)

Art. 153, 154 et 157 aCPM ; Art. 146 et 185 al. 1 let. d et f PPM ; constatations manifestement inexactes des faits ; principe in dubio pro reo ; principe de libre appréciation des preuves ; bien juridique et éléments constitutifs des infractions de contrainte sexual et de viol ; bien juridique et éléments constitutifs de l'infraction d'exploitation d'une situation militaire visée par cette disposition

Rappel des principes relatifs au pouvoir de cognition, limité à l'arbitraire, du TMC ; prohibition de l'arbitraire dans l'établissement des faits, principe *in dubio pro reo* et principe de libre appréciation des preuves (rappel, consid. 3, spéc. 3.1.1 à 3.1.3). Appréciation d'une conviction basée sur un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (consid. 3.1.4) et cas de "déclarations contre déclarations" (consid. 3.1.5).

Droit applicable *ratione temporis* dans le cas d'espèce (consid. 3.2) ; bien juridique et éléments constitutifs des infractions en cause, en particulier la notion de violence en tant que moyen de contrainte (consid. 3.2.2 et 3.2.3), notion d'état de sidération (*Schockzustand*; *stato di choc*; consid. 3.2.4) et élément constitutif subjectif (consid. 3.2.5).

Analyse du cas d'espèce, dans lequel un acquittement au bénéfice du doute (application du principe *in dubio pro reo*) est jugé arbitraire, en particulier au regard d'une absence de prise en considération de la globalité des éléments figurant au dossier (consid. 3.4 et 3.5).

Analyse de l'élément constitutif objectif de l'infraction de l'art. 157 aCPM, notamment en lien avec l'art. 193 CP (consid. 4.2).

Art. 153, 154 und 157 aMStG; Art. 146 und 185 Abs. 1 Bst. d und f MStP; offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung; Grundsatz des in dubio pro reo; Grundsatz der freien Beweiswürdigung; Rechtsgut und Tatbestandsmerkmale der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung; Rechtsgut und Tatbestandsmerkmale der Ausnützung der militärischen Stellung

Grundsätze zur Willkürkognition des Militärkassationsgerichts; Verbot der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung, Grundsätze des *in dubio pro reo* und der freien Beweiswürdigung (Zusammenfassung, E. 3, insbesondere 3.1.1-3.1.3); Würdigung einer aus einer Mehrzahl konvergenter Elemente oder Indizien gebildeten Überzeugung (E. 3.1.4) sowie "Aussage gegen Aussage"-Konstellationen (E. 3.1.5).

Anwendbares Recht im vorliegenden Fall (E. 3.2); Rechtsgut und Tatbestandsmerkmale der in Betracht kommenden Delikte, insbesondere Begriff der Gewalt als Nötigungsmittel (E. 3.2.2 und 3.2.3), Begriff des Schockzustandes (*état de sidération*; *stato di choc*; E. 3.2.4) und subjektiver Tatbestand (E. 3.2.5).

In casu willkürlicher Freispruch, da die Gesamtheit der sich aus den Strafakten ergebenden Elemente eine Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro reo* ausschliesst (E. 3.4 und 3.5).



	<p>Analyse des objektiven Tatbestands von Art. 157 aMStG, namentlich mit Blick auf Art. 193 StGB (E. 4.2).</p> <p>Art. 153, 154 e 157 vCPM; art. 146 e 185 cpv. 1 lett. d e f PPM; accertamento dei fatti manifestamente inesatto; principio in dubio pro reo; principio del libero apprezzamento delle prove; bene giuridico e elementi costitutivi dei reati di coazione sessuale e di violenza carnale; bene giuridico e elementi costitutivi del reato di abuso della posizione militare</p> <p>Riepilogo dei principi relativi al potere cognitivo, limitato all'arbitrio, del TMC; divieto dell'arbitrio nell'accertamento dei fatti, principio <i>in dubio pro reo</i>, principio del libero apprezzamento delle prove (riepilogo, consid. 3, in particolare consid. 3.1.1-3.1.3). Apprezzamento di una convinzione basata su un insieme di elementi o indizi convergenti (consid. 3.1.4) e casi di "dichiarazioni contro dichiarazioni" (consid. 3.1.5).</p> <p>Diritto applicabile <i>ratione temporis</i> alla fattispecie (consid. 3.2); bene giuridico e elementi costitutivi dei reati in questione, in particolare nozione di violenza quale mezzo di coazione (consid. 3.2.2 e 3.2.3), nozione dello stato di choc (<i>Schockzustand; état de sidération</i>; consid. 3.2.4) e elemento costitutivo soggettivo (consid. 3.2.5).</p> <p>Analisi del caso di specie, nel quale un proscioglimento a seguito dell'ammissione di un caso dubbio (applicazione del principio <i>in dubio pro reo</i>) è giudicato arbitrario, in particolare ritenuta l'assenza di una presa in considerazione della globalità degli elementi figuranti nel dossier (consid. 3.4 e 3.5).</p> <p>Analisi dell'elemento costitutivo oggettivo dell'art. 157 aCPM, segnatamente in relazione con l'art. 193 CPM (consid. 4.2).</p>
<p>MKGE 16 Nr. 16 (951 v. 28.11.2025)</p>	<p>Art. 66 MStG; Art. 114 und 115 i.V.m 147, 148 Abs. 2 i.V.m. 181 Abs. 3, 182 Abs. 2, 185 Abs. 1 Bst. c und d, 186 Abs. 1 Satz 2 MStP, Missbrauch der Befehlsgewalt; Beschwerdelegitimation des Oberauditors, Verbot der reformatio in peius, Anklagegrundsatz, Kassationsgründe des Verfahrensfehlers und der Verletzung des Strafgesetzes</p> <p>Der Oberauditor kann mit der Kassationsbeschwerde keine Schlechterstellung des Angeklagten verlangen, wenn der Auditor seinerzeit nicht oder zu Gunsten des Angeklagten gegen das Urteil des erstinstanzlichen Militärgerichts appelliert hat. Vorliegend hat der Auditor hinsichtlich des – im Verfahren vor Militärkassationsgericht einzig interessierenden – Tatbestands des Missbrauchs der Befehlsgewalt zu Gunsten des Angeklagten appelliert. Nichteintreten wegen fehlender Legitimation (E. 1.2.3).</p> <p>Die Anklageschrift verletzt den Anklagegrundsatz, weil die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs der Befehlsgewalt in sachverhaltlicher Hinsicht nicht hinreichend konkret umschrieben sind. So begründet ein höherer Rang des Angeklagten für sich allein weder eine Befehlsgewalt noch eine entsprechende Vermutung (E. 3).</p>



Art. 66 CPM ; art. 114 et 115 cum 147, 148 al. 2 cum 181 al. 3, 182 al. 2, 185 al. 1 let. c et d, 186 al. 1 2ème phrase PPM ; abus du pouvoir de donner des ordres ; qualité pour se pourvoir en cassation de l'auditeur en chef, interdiction de la reformatio in peius, maxime d'accusation, motifs de cassation de la violation des dispositions essentielles de la procédure et de la violation de la loi pénale

L'auditeur en chef ne peut pas, dans le cadre d'un pourvoi en cassation, demander une péjoration de la situation de l'accusé, si l'auditeur n'avait pas fait appel du jugement rendu en première instance par le tribunal militaire ou s'il avait fait appel en faveur de l'accusé. En l'espèce, l'auditeur a fait appel en faveur de l'accusé s'agissant de l'infraction d'abus du pouvoir de donner des ordres, seule en jeu dans la procédure devant le Tribunal militaire de cassation. Non-entrée en matière pour défaut de légitimation (consid. 1.2.3).

L'acte d'accusation viole la maxime d'accusation, car les éléments constitutifs de l'abus du pouvoir de donner des ordres ne sont pas décrits de manière suffisamment concrète sur le plan factuel. Ainsi, le rang supérieur de l'accusé ne crée, à lui seul, ni un pouvoir de donner des ordres ni une présomption correspondante (consid. 3).

Art. 66 CPM; art. 114 e 115 in relazione con 147, 148 cpv. 2 in relazione con 181 cpv. 3, 182 cpv. 2, 185 cpv. 1 lett. c e d, 186 cpv. 1 seconda frase PPM; abuso di comando, legittimazione ricorsuale dell'uditore in capo, divieto della reformatio in peius, principio accusatorio, motivi di cassazione della violazione di disposizioni procedurali e della legge penale

L'uditore in capo non può chiedere mediante ricorso per cassazione di modificare una decisione a pregiudizio dell'accusato, se a suo tempo l'uditore non aveva presentato appello contro la sentenza di primo grado del tribunale militare oppure se aveva presentato appello a favore dell'accusato. In concreto, per quanto concerne l'abuso di comando, unico reato di interesse nella procedura dinanzi al Tribunale militare di cassazione, l'uditore ha presentato appello a favore dell'accusato. Inammissibilità del ricorso per cassazione a seguito della carente legittimazione (consid. 1.2.3).

L'atto d'accusa viola il principio accusatorio, ritenuto che gli elementi costitutivi del reato di abuso di comando non sono descritti a livello fattuale in maniera sufficientemente concreta. Il rango superiore dell'accusato non fonda già di per sé un comando e neppure una relativa presunzione (consid. 3).

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

1

Art. 47 Abs. 1 MStP; Wiederherstellung der Appellationsfrist zugunsten des Auditors

Wird ein Fristwiederherstellungsgesuch eines Auditors gemäss Art. 47 Abs. 1 MStP von der zuständigen Instanz abgewiesen, ist auf die gleichzeitig angehobene Appellation nicht einzutreten, da bei einer verpassten Rechtsmittelfrist bereits von Anbeginn eine Prozessvoraussetzung fehlt (E. 1.).

Die Appellationserklärung muss weder begründet noch «verfasst» werden. Es reicht vielmehr auch eine entsprechende Erklärung per Telefon oder SMS. Es genügt, dass der Absender eindeutig eruiert werden kann. Dass der Auditor innerhalb der fünftägigen Appellationsfrist im vorliegenden Fall nicht in der Lage war, eine solche Erklärung abzugeben, wird von ihm nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich (E. 3.6).

Art. 47 Abs. 1 MStP schliesst eine Wiederherstellung der Frist zugunsten des Auditors zwar nicht schlechterdings aus; diese Bestimmung wurde jedoch in erster Linie für den Angeklagten geschaffen (E. 3.6).

Art. 47 al. 1 PPM; restitution du délai d'appel en faveur de l'auditeur

Lorsqu'une demande de restitution de délai d'un auditeur formulée en application de l'art. 47 al. 1 PPM est rejetée par l'instance compétente, il convient de déclarer irrecevable l'appel interjeté dans le même temps, étant donné qu'en cas d'irrespect du délai d'appel, une condition de recevabilité fait d'emblée défaut (consid. 1).

La déclaration d'appel ne doit ni être motivée, ni être "rédigée". Au contraire, une simple déclaration par téléphone ou par SMS est suffisante, pourvu que l'auteur de la déclaration puisse être clairement identifié. Le fait que, dans le cas d'espèce, l'auditeur n'ait pas été en mesure de formuler une telle déclaration d'appel n'est pas allégué par lui et ne ressort pas non plus du dossier (consid. 3.6).

L'art. 47 al. 1 PPM n'exclut pas absolument la restitution du délai en faveur de l'auditeur ; cette disposition n'en a pas moins été promulguée en premier lieu pour l'accusé (consid. 3.6).

Art. 47 cpv. 1 PPM; restituzione del termine d'appello a favore dell'uditore

Nel caso in cui la domanda di restituzione del termine d'appello di un uditore giusta l'art. 47 cpv. 1 PPM venga respinta dall'autorità competente, l'appello inoltrato contemporaneamente risulta inammissibile, ritenuto che in caso di inosservanza del termine ricorsuale un presupposto processuale già dal principio non risulta adempiuto (consid. 1).

La dichiarazione d'appello non deve essere né motivata né «redatta». È infatti sufficiente una dichiarazione corrispondente per telefono o SMS. È sufficiente che il mittente possa essere identificato con chiarezza. Nel caso in esame, l'uditore non ha sostenuto che egli non era in grado di fornire una tale dichiarazione entro il termine d'appello di cinque giorni, ciò che non risulta (consid. 3.6).

L'art. 47 cpv. 1 PPM non esclude in maniera assoluta una restituzione del termine a favore dell'uditore; tale norma è tuttavia stata concepita in primo luogo per l'accusato (consid. 3.6).

Sachverhalt:

A.

B. _____ wird laut Anklageschrift des Auditors der Auditorenregion 2 vom 18. Oktober 2021 vorgeworfen, anlässlich einer Verschiebung in der Rekrutenschule am 2. Februar 2021 um ca. 0750 Uhr zwischen Montigny-la-Ville und Léchelles (Fahrtrichtung Grolley) in fahrunfähigen Zustand (Sekundenschlaf) von der Strasse abgekommen zu sein.

Mit Urteil vom 27. Januar 2023 sprach das Militärgericht 2 B. _____ der Verletzung von Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 31 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) schuldig, verurteilte ihn zu einer Busse von CHF 200.-- bzw. einer ersatzweisen Freiheitsstrafe von zwei Tagen und auferlegte ihm die Kosten des Verfahrens von insgesamt CHF 620.--, bestehend aus der Gerichtsgebühr von CHF 600.-- und den übrigen Kosten von CHF 20.--.

B.

Gegen dieses Urteil erklärte der Auditor am 2. Februar 2023 Appellation, wobei er gleichzeitig ein Gesuch um Wiederherstellung der Appellationsfrist stellte.

Mit Beschluss vom 28. Juni 2023 wies das Militärappellationsgericht 2 das Gesuch um Fristwiederherstellung ab und schrieb das Appellationsverfahren ab.

Das Militärappellationsgericht 2 führte aus, unbestrittenermassen sei die Appellationsfrist von Art. 174 Abs. 1 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1) nicht eingehalten worden. Das durch den Auditor unter Berufung auf Art. 47 MStP eingereichte

Wiederherstellungsgesuch sei seinerseits zwar rechtzeitig – innert zehn Tagen nach Wegfall des geltend gemachten Hindernisses – eingereicht und die versäumte Handlung (Appellationserklärung) nachgeholt worden. Von einem Fristwiederherstellungsgrund sei aber nicht auszugehen, da nicht davon gesprochen werden könne, der Gesuchsteller oder sein Vertreter habe die Frist unverschuldet nicht einhalten können. Dieser Beschluss wurde schriftlich mit begründetem Entscheid eröffnet.

C.

Am 10. August 2023 erhob der Auditor (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen dieses Urteil begründete Beschwerde an das Militärkassationsgericht. Er beantragt, den Beschluss des Militärappellationsgerichts 2 vom 28. Juni 2023 aufzuheben und das Gesuch um Wiederherstellung der Appellationsfrist vom 2. Februar 2023 gutzuheissen.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2024 verzichtet der Verteidiger von B. _____ (nachfolgend: Angeklagter) auf eine Vernehmlassung. Der Präsident des Militärappellationsgerichts 2 verzichtet auf einen Bericht zur Beschwerde.

Erwägungen:

1.

Das Militärkassationsgericht ist u.a. zuständig für die Behandlung von Beschwerden gegen die ein Fristwiederherstellungsgesuch ablehnenden Entscheide des Militärappellationsgerichts (Art. 47 Abs. 4 lit. c MStP). Die fristgerecht eingereichte Beschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Beschwerdeführers erweist sich als zulässig (Art. 47 Abs. 4 Ingress MStP); auf die Beschwerde ist einzutreten. Daran ändert nichts, dass das Militärappellationsgericht 2 das Verfahren nicht hätte abschreiben dürfen. Auf die Appellation wäre vielmehr nicht einzutreten gewesen, da bei einer verpassten Rechtsmittelfrist bereits von Anfang an eine Prozessvoraussetzung fehlt.

2.

Die Beschwerde gemäss Art. 47 Abs. 4 lit. c MStP steht – wie die Beschwerde gestützt auf Art. 167 lit. d MStP – ausserhalb des «üblichen Systems» der Anrufung des Militärkassationsgerichts, welches gemäss seiner sachlichen Zuständigkeit Kassationsbeschwerden gemäss Art. 184 MStP und Rekurse gemäss Art. 195 MStP behandelt (Art. 13 MStP). Folgerichtig keine Anwendung findet Art. 189 Abs. 2 MStP, wonach das Militärkassationsgericht an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden ist und in der Beschwerdebegründung unter Hinweis auf den Kassationsgrund darzulegen ist, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Dass der Beschwerdeführer keinen Kassationsgrund im Sinne von Art. 185 MStP anruft, schadet mithin nicht. Ob deshalb alle tatsächlichen und rechtlichen Mängel des Beschlusses des Militärappellationsgerichts 2 gerügt werden können, wie der Beschwerdeführer unter Berufung auf Literaturstellen (MARTIN BERTSCHI, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008 [im

Folgenden: MStP-Kommentar], Art. 47 N. 13; BEAT HIRT, MStP-Kommentar, Art. 166 N. 12) dafürhält, braucht mangels Relevanz im vorliegenden Verfahren nicht weiter abgehandelt und abschliessend entschieden zu werden.

3.

3.1 Im vorliegenden Verfahren ist einzig zu beurteilen, ob das Militärappellationsgericht 2 das bei ihm eingereichte Gesuch um Wiederherstellung der Appellationsfrist (Frist zur Einreichung der Appellationserklärung gemäss Art. 174 Abs. 1 MStP) zu Recht abgewiesen und Art. 47 Abs. 1 MStP richtig angewendet hat. Konkret geht es dabei um die Beantwortung der Frage, wann ein Fristversäumnis als vom Gesuchsteller oder seinem Vertreter unverschuldet («sans sa faute», «senza sua colpa») gelten kann. Einschlägige Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts zur Konturierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs findet sich nur spärlich. Immerhin bereits festgehalten hat das Militärkassationsgericht, dass bei Vorliegen von Fahrlässigkeit – wie leicht diese auch immer gewesen sein mag – nicht mehr von einem unverschuldeten Verhalten gesprochen werden kann (MKGE 10 Nr. 62 E. 2).

3.2 Eine reichhaltige Kasuistik findet sich dagegen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Pendant zu Art. 47 MStP im bürgerlichen Recht, nämlich zu Art. 94 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0). Auch dieser Artikel verlangt (neben weiteren Voraussetzungen), dass die um Fristwiederherstellung ersuchende Partei an der Säumnis kein Verschulden («n'est imputable à aucune faute», «non aver colpa») trifft. Den diesbezüglichen Urteilen, welche – soweit ersichtlich – ausnahmslos vom Angeklagten bzw. dessen Vertreter eingereichte Gesuche um Fristwiederherstellung betrafen, ist ein strenger Massstab zu entnehmen. So kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die Wiederherstellung nur bei klarer Schuldlosigkeit gewährt werden. Jedes Verschulden einer Partei, ihres Vertreters oder beigezogener Hilfspersonen, so geringfügig es auch sein mag, schliesst die Wiederherstellung aus (Urteil 6B_1367/2020 vom 9. Februar 2021 E. 3 mit Verweis auf BGE 143 I 284 E. 1.3). Die im bürgerlichen Recht existierenden Ausnahmen von diesem Grundsatz betreffen Konstellationen notwendiger Verteidigung, wenn das Recht der beschuldigten Person auf eine effektive und wirksame Verteidigung der Anrechnung eines schwerwiegenden Fehlers des Anwalts entgegensteht und sind vorliegend nicht von Belang (vgl. BGE 149 IV 196 E. 1.1). Unverschuldet ist die Säumnis nur, wenn sie durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einer sorgsam Person nicht befürchtet werden muss oder dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte. Allgemein wird vorausgesetzt, dass es in der konkreten Situation unmöglich war, die Frist zu wahren oder jemanden damit zu betrauen (vgl. etwa Urteil 7B_8/2021 vom 25. August 2023 E. 5.3.2 mit Hinweisen). Die Rechtskraft eines strafrechtlichen Urteils darf bei alledem nicht leicht durchbrochen werden (vgl. etwa Urteil 6B_799/2022 vom 3. Oktober 2022 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.3 Das Militärappellationsgericht 2 hat der Auffassung des Beschwerdeführers, wonach sein Fristversäumnis unverschuldet erfolgt sei, eine Absage erteilt. Es hat festgehalten, der Umstand, dass der Beschwerdeführer am 31. Januar 2023 Vater geworden sei, könne nicht mit einem unerwarteten Unfall oder einer schweren Krankheit gleichgesetzt werden. Die Geburt eines Kindes könne nur dann ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung führendes

Hindernis bilden, wenn und solange die Geburt jegliches auf Fristwahrung gerichtetes Handeln verunmögliche. Die Umstände müssten derart sein, dass «der Rechtssuchende» durch sie davon abgehalten werde, selbst innert Frist zu handeln oder einen Dritten mit der Prozesshandlung zu betrauen. Da solches nicht dargelegt worden und eine Geburt grundsätzlich als voraussehbar anzusehen sei sowie eine Stellvertretung rechtzeitig hätte instruiert werden können, könne – mangels geltend gemachter ausserordentlicher Umstände – nicht von Schuldlosigkeit gesprochen werden, zumal an die Appellationserklärung keine besonderen Anforderungen geknüpft sei.

3.4 Der Beschwerdeführer hält die Auffassung des Militärappellationsgerichts 2 für unzutreffend. Seiner Ansicht nach bildet die (leicht vortermينية) Geburt des eigenen Kindes des Anklagevertreters per «kurzfristig angeordnetem Kaiserschnitt» kurz vor Ablauf der Rechtsmittelfrist einen Paradefall für aussergewöhnliche Umstände, die ein unverschuldetes Versäumnis begründen, umso mehr, wenn diese Rechtsmittelfrist über ein Wochenende gelaufen und damit von vornherein nur drei Tage der bloss fünftägigen Frist überhaupt Arbeitstage gewesen seien. Die vom Militärappellationsgericht 2 gestellten Anforderungen an ein unverschuldetes Versäumnis im Kontext der Geburt des Kindes des Anklagevertreters würden im Ergebnis derart realitätsfremd hoch angesetzt, dass eine Geburt und deren Begleitumstände für den in die Kinderbetreuung involvierten Kindsvater de facto nie aussergewöhnliche Umstände darstellen und somit de facto nie einen Wiederherstellungsgrund bedeuten könnten. Dies widerspreche Sinn und Zweck von Art. 47 Abs. 1 MStP. Es sei ihm schlicht nicht möglich bzw. zumutbar gewesen, unmittelbar nach der Geburt vom 31. Januar 2023 am 1. Februar 2023 «eine Appellationserklärung zu verfassen», da sowohl die Betreuung der Mutter, des Neugeborenen sowie der älteren Tochter gleichzeitig hätten sichergestellt werden müssen. Bei alledem habe das Militärappellationsgericht 2 die tatsächlichen Gegebenheiten und Besonderheiten des Militärstrafrechts ausser Acht gelassen, insbesondere die gegenüber dem bürgerlichen Recht viel kürzeren Rechtsmittelfristen und die Vertretungsfeindlichkeit der Appellationserklärung.

3.5 Bevor auf die durch den Beschwerdeführer geäusserte Kritik zur Würdigung im angefochtenen Beschluss betreffend unverschuldetes Versäumnis einzugehen ist, sind vorab – soweit vorliegend bedeutsam – die Aufgaben und die Organisation der militärischen Strafverfolgungsbehörden in Erinnerung zu rufen. Als Teil der Strafverfolgungsbehörden ist es u.a. Aufgabe des Auditors, die Anklage vor Gericht zu vertreten (Art. 4b MStP) und Rechtsmittel einzulegen, etwa die Appellation (Art. 173 Abs. 1 MStP). Organisatorisch ist der Auditor Teil einer Auditorenregion, welche je von einer Chefin oder einem Chef «Auditor» geleitet werden (vgl. Art. 17 Abs. 1 und 3 MJV, SR 516.41, i.V.m. Art. 4c MStP). Der Beschwerdeführer ist der deutschsprachigen Auditorenregion 2 zugeteilt, welche aus maximal 60 Auditorinnen und Auditoren besteht (Anhang 5 Ziffer 1 MJV). Ob angesichts dieser Organisationsstruktur, die per 1. Januar 2018 im Rahmen der Weiterentwicklung der Armee geschaffen wurde (BBI 2014 7024), und der stattlichen Anzahl von Auditorinnen und Auditoren in der Auditorenregion 2 die Organisation einer Vertretung derart schwierig gewesen wäre, wie der Beschwerdeführer suggeriert, kann angesichts der nachfolgenden Ausführungen zur unverschuldeten Versäumnis offenbleiben. Zu erwähnen ist an dieser Stelle einzig, dass die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers an der massgeblichen Frage vorbeizielten, insoweit sie sich

auf Art. 19 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 1979 über die Militärstrafrechtspflege (MStV; SR 322.2) stützen. Art. 19 MStV betrifft die Vertretung der Anklage vor dem Militärappellationsgericht, welche durch den Auditor erfolgt, der vor Militärgericht tätig war (Abs. 1), bei dessen Verhinderung durch den durch den Oberauditor bezeichneten Vertreter (Abs. 2). Es geht mithin um ein Verfahrensstadium, das zeitlich der Appellationserklärung nachgeht, weshalb daraus schon deshalb für die vorliegende relevante versäumte Handlung nichts abgeleitet werden kann.

3.6 Nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag der Beschwerdeführer auch aus dem Umstand, dass die Frist zur Einreichung der Appellationserklärung fünf Tage beträgt und «für heutige Massstäbe extrem kurz» sei, wie er es vorbringt. Diese Frist ist seit jeher im Gesetz enthalten (Art. 174 Abs. 1 MStP). Ihre Dauer erklärt sich nicht zuletzt mit der Banalität der innert Frist vorzunehmenden Handlung: Der schriftlichen oder mündlichen Erklärung der Appellation. Eine Begründung ist nicht nötig (so schon BBl 1977 II 100), es reicht ein Telefon oder ein SMS. Es genügt, dass der Absender eindeutig eruierbar ist (BERNHARD ISEN-RING/HANS MATHYS, MStP-Kommentar, Art. 174 N. 2). Diese Einfachheit der eben beschriebenen vorzunehmenden Handlung, auf die zu Recht auch das Militärappellationsgericht 2 hingewiesen hat, ist denn auch der Grund, weshalb von vornherein – und ohne dass weitere Ausführungen nötig wären – nicht davon gesprochen werden kann, dem Beschwerdeführer sei es in der konkreten Situation unmöglich gewesen, die Frist zu wahren. Denn entgegen der Darlegung des Beschwerdeführers war es gerade nicht nötig, eine Appellationserklärung zu verfassen. Dass auch ein niederschwelligeres Handeln unmöglich gewesen wäre, wird vom Beschwerdeführer jedoch zu Recht gar nicht erst geltend gemacht. Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer den Verhandlungstermin des Militärgerichts 2 vom 27. Januar 2023 kannte. Er musste mit einer Niederlage rechnen und hätte sich auf diesen Fall vorbereiten können und müssen. Von einem unverschuldeten Versäumnis kann daher nicht gesprochen werden. Dies legt auch die ratio legis von Art. 47 Abs. 1 MStP nahe. Diese Bestimmung schliesst die Wiederherstellung der Frist zugunsten eines Strafverfolgers zwar nicht schlechterdings aus. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass sie in erster Linie für den Angeklagten geschaffen wurde. Damit ist der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis zu bestätigen.

4.

Der Auditor unterliegt mit seiner Beschwerde. Die Kosten trägt der Bund (Art. 171 MStP; ebenso Art. 199 i.V.m Art. 183 Abs. 1 MStP).

(936, 16. März 2024, B. gegen Militärappellationsgericht 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

2

Art. 117 Abs. 3 lit. c MStP; Art. 151 Abs. 5 MStP; angemessene Entschädigung des Wahlverteidigers

Eine angemessene Entschädigung für Anwaltskosten, die demjenigen zusteht, der von einem Wahlverteidiger vertreten wird, muss gemäss einem doppelten Kriterium bestimmt werden, welches einerseits das Arbeitsvolumen und andererseits den Stundentarif berücksichtigt (E. 3.1). Grundsätzlich sind sämtliche Anwaltskosten zu entschädigen, welche allerdings unter den Gesichtspunkten der Komplexität und der Schwierigkeit des Falles als vernünftig erscheinen müssen (ibid.). Die Honorare müssen als angemessen erscheinen und sind den besonderen Umständen des Einzelfalles anzupassen, was eine Verhältnismässigkeitsüberlegung voraussetzt (ibid.). Im vorliegenden Fall übermässige Herabsetzung der Honorare (E. 3.2).

Art. 117 al. 3 let. c PPM ; art. 151 al. 5 PPM ; indemnités du défenseur de choix

L'indemnité équitable pour les frais d'avocat, à laquelle a droit celui qui a un défenseur de choix, doit être fixée selon un double critère, ayant trait, d'une part, au volume de travail et, d'autre part, au tarif horaire (consid. 3.1). L'État doit en principe indemniser la totalité des frais de défense, ceux-ci devant toutefois demeurer raisonnables compte tenu de la complexité et de la difficulté de l'affaire (ibid.). Les honoraires doivent paraître adéquats et adaptés aux enjeux particuliers du cas d'espèce, ce qui implique une forme de raisonnement fondé sur la proportionnalité (ibid.). Cas d'application de ces principes, dans lequel les honoraires ont été excessivement réduits (consid. 3.2).

Art. 117 cpv. 3 lett. c PPM; art. 151 cpv. 5 PPM; congrua indennità del difensore di fiducia

La congrua indennità per le spese d'avvocato a cui ha diritto colui che è assistito da un difensore di fiducia deve essere fissata secondo un duplice criterio che tenga conto, da un lato, del volume di lavoro e, dall'altro, della tariffa oraria (consid. 3.1). Lo Stato deve di principio indennizzare la totalità delle spese della difesa, le quali devono tuttavia risultare ragionevoli tenuto conto della complessità e della difficoltà del caso (ibid.). Gli onorari devono risultare adeguati ed essere adattati alle circostanze particolari del caso di specie, ciò che implica una riflessione basata sulla proporzionalità (ibid.). Applicazione di tali principi nel caso di specie, dove gli onorari sono stati ridotti in maniera eccessiva (consid. 3.2).

Faits :

A.

Le 20 mars 2017, l'Auditeur en chef a ordonné l'ouverture d'une enquête ordinaire contre le sdt X._____ pour "*soupons de s'être enrôlé dans les Unités de protection du peuple kurde (YPG) à une date indéterminée et avoir participé aux combats en Syrie, notamment contre l'État islamique*".

Cette ouverture d'enquête ordinaire faisait suite à la demande de fedpol auprès du Ministère public de la Confédération du 15 novembre 2016 d'ouvrir une investigation policière contre X._____ et inconnu pour soupçon de soutien, respectivement participation à une organisation criminelle (art. 260ter CP) et/ou atteinte à la puissance défensive du pays, service militaire étranger (art. 94 al. 1 CPM).

Dès sa première audition devant fedpol, en date du 14 décembre, 2016, X._____ a été assisté par Me A._____.

B.

En raison des faits incriminés, qui se seraient déroulés entre novembre 2015 et juin 2016, le sdt X._____ a été renvoyé devant le Tribunal militaire 1 par acte d'accusation du 5 septembre 2022 pour atteinte à la puissance défensive du pays, service militaire étranger (art. 94 CPM).

C.

Le dénommé R._____, défendu par Me B._____, a fait l'objet d'une autre procédure, comme co-prévenu.

Considérant en droit :

1.

En vertu des art. 172 al. 2 et 195 lit. d PPM, la voie du recours au Tribunal militaire de cassation est ouverte contre le jugement rendu le 14 avril 2023 par le Tribunal militaire 1, en tant que la contestation porte sur la demande d'indemnités.

Conformément à l'art. 196 al. 1 PPM, le défenseur a qualité pour recourir. A teneur de l'art. 197 al. 1 PPM, le recours doit être déposé, par écrit, avec motifs et conclusions, auprès du tribunal qui a statué, dans les 20 jours dès la communication écrite de la décision attaquée.

En l'espèce, le recours, recevable quant à son objet, déposé le 3 juillet 2023 par Me A._____, défenseur du sdt X._____, l'a été en temps utile, par une personne ayant la qualité pour recourir et selon les formes prescrites.

Il convient par conséquent d'entrer en matière.

2.

Conformément à l'art. 182 al. 1 PPM, applicable par analogie en vertu de l'art. 197 al. 2 1^{ère} phrase PPM, le Tribunal militaire de cassation revoit librement la cause en fait et en droit et n'est pas lié par les conclusions des parties.

3.

Le recourant reproche au Tribunal militaire 1 de n'avoir pas tenu compte de près de 40 heures de travail à indemniser au tarif horaire de 300 fr., tel que retenu dans le jugement querellé, ce qui représente un montant de 12'924 fr. TTC. En d'autres termes, bien qu'il ne le dise pas expressément, le recourant invoque une violation de l'art. 151 al. 5 PPM, respectivement de l'art. 117 al. 3 let. c PPM.

3.1 A teneur de l'art. 151 al. 5 PPM, le tribunal statue sur les demandes d'indemnité selon les règles fixées à l'art. 117 al. 3 PPM. L'art. 117 al. 3 let. c PPM prévoit l'octroi d'une indemnité équitable pour les frais d'avocat.

L'indemnité équitable pour les frais d'avocat, à laquelle a droit celui qui a un défenseur de choix, doit être fixée selon un double critère. Premièrement, il faut se fonder sur le volume du travail lié à la défense. En second lieu, il faut se référer au tarif des honoraires. Si le juge ne dispose pas des indications suffisantes à ce propos – parce qu'on ne lui a pas remis une note de frais détaillée –, il doit recueillir les éléments nécessaires, car il ne peut pas sans autre appliquer le tarif valable pour les défenseurs d'office (ATMC 12 n° 29 consid. 2; cf. aussi ATF 146 IV 332 consid. 1.3 et les arrêts cités).

La règle de l'art. 117 let. c PPM, qui correspond peu ou prou à celle de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, n'est que la codification du principe jurisprudentiel selon lequel "*l'Etat ne prend en charge ces frais que si l'assistance était nécessaire compte tenu de la complexité de l'affaire en fait ou en droit et que le volume de travail et donc les honoraires de l'avocat étaient ainsi justifiés*" (cf. ATF 146 IV 332 consid. 1.3; 144 IV 207 consid. 1.3.1; 142 IV 45 consid. 2.1).

L'indemnité couvre en particulier les honoraires d'avocat, à condition que le recours à celui-ci procède d'un exercice raisonnable des droits de procédure. Elle peut être accordée dans les cas où le recours à un avocat apparaît tout simplement raisonnable. Il faut garder à l'esprit que le droit pénal matériel et le droit de procédure sont complexes et représentent, pour des personnes qui ne sont pas habituées à procéder, une source de difficultés. Celui qui se défend seul est susceptible d'être moins bien loti. Cela ne dépend pas forcément de la gravité de l'infraction en cause. Dans le cadre de l'examen du caractère raisonnable du recours à un avocat, il doit être tenu compte, outre de la gravité de l'infraction et de la complexité de l'affaire en fait ou en droit, de la durée de la procédure et de son impact sur la vie personnelle et professionnelle du prévenu (ATF 142 IV 45 consid. 2.1; 138 IV 197 consid. 2.3.5). Dans les cas juridiquement simples, l'activité de l'avocat peut se limiter au minimum, à savoir tout au plus à une simple consultation (cf. ATF 138 IV 197 consid. 2.3.5).

Selon la jurisprudence, l'État doit en principe indemniser la totalité des frais de défense, ceux-ci devant toutefois demeurer raisonnables compte tenu de la complexité et de la difficulté de

l'affaire (ATF 142 IV 163 consid. 3.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_380/2021 du 21 juin 2022 consid. 2.2.2). Le Tribunal fédéral a néanmoins eu l'occasion de souligner qu'il y a lieu de ne pas se montrer trop strict dans l'indemnisation du prévenu pour les honoraires de son mandataire. Cela doit donc faire pencher en faveur d'une admission libérale de l'indemnisation des frais d'avocat (MIZEL/RÉTORNAZ, in Commentaire romand, Code de procédure pénale, 2^e éd. 2019, n° 31 ad art. 429 CPP et les références; ATF 115 IV 156 consid. 2c/JdT 1991 IV 49). Selon la doctrine, les honoraires doivent paraître adéquats et adaptés aux enjeux particuliers du cas d'espèce, ce qui implique une forme de raisonnement fondé sur la proportionnalité. A cet égard, il n'y a aucun problème à comparer les notes d'honoraires présentées par les avocats de plusieurs co-prévenus afin de s'assurer qu'aucune prétention abusive n'est émise (MIZEL/RÉTORNAZ, op. cit., n° 32 ad art. 429 CPP et les références). Il n'appartient pas à l'État de contester chaque poste d'un mémoire en prétendant que l'avocat aurait dû organiser autrement la défense de son client, à moins qu'on ne se trouve en présence d'abus ne répondant à aucune stratégie de défense utile. Bien que cela puisse être parfois difficile, l'autorité doit essayer de se mettre à la place de l'avocat. Ce faisant, elle ne perdra pas de vue le fait que celui-ci doit respecter le secret professionnel au moment de rédiger sa note d'honoraire et ne peut ainsi trop la détailler. La juridiction amenée à se prononcer sur les prétentions en indemnisation ne saurait ainsi se borner à estimer sommairement le temps qu'elle juge nécessaire à la défense du prévenu sans indiquer les raisons qui l'ont poussée à considérer comme abusives les demandes d'indemnisation formées au titre des honoraires d'avocat. Cette obligation existe même en cas de présentation d'un décompte dépourvu de toute motivation (MIZEL/RÉTORNAZ, op. cit., n° 33 ad art. 429 CPP et les références; cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral 6B_477/2016 du 22 mars 2017 consid. 2; 6B_1026/2013 du 10 juin 2014 consid. 4.3 et 4.4 ; 6B_502/2013 du 3 octobre 2013 consid. 3.6). Contrairement à ce qui vaut pour l'assistance judiciaire, le temps que l'avocat consacre à l'"*accompagnement social*" (recherche d'un travail, d'un logement, discussion avec une caisse d'assurance sociale, etc.) de son client doit être indemnisé (MIZEL/RÉTORNAZ, op. cit., n° 34 ad art. 429).

S'agissant de l'indemnité due au défenseur d'office, le temps concrètement consacré aux opérations directement liées à la procédure pénale représente le principal critère pour la fixation de l'indemnité. Il s'agit du temps affecté à toutes les activités nécessaires de l'avocat en lien avec la cause: étude du dossier, participation aux actes d'instruction (y compris temps de déplacement et d'attente), conférences avec le client (y compris les visites en prison lorsque celui-ci est détenu), rédaction des actes de procédure et préparation des audiences et des plaidoiries. Les recherches juridiques qu'imposent des questions de droit inhabituelles ou particulièrement complexes doivent également être indemnisées. Il en va de même du temps afférant à la concertation avec la défense d'un co-prévenu, ou à des discussions transactionnelles avec une partie plaignante. Le temps afférant à la participation aux audiences doit en règle générale être pleinement indemnisé (HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, Commentaire romand, Code de procédure pénale, Code de procédure pénale, 2^e éd. 2019, n° 14 ad art. 135 CPP et les références). Le temps consacré aux postes pour lesquels le défenseur dispose d'une marge de manœuvre doit être en adéquation avec les différents critères que sont la nature et l'importance de la cause, la présence de difficultés particulières de fait ou de droit,

la responsabilité assumée par le défenseur, la qualité du travail fourni, l'expérience de l'avocat, d'éventuels obstacles de nature linguistique, ainsi que la personnalité et la situation du prévenu (HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, op. cit., n° 15 ad art. 135 CPP et les références). L'avocat doit veiller au respect du principe de proportionnalité et faire preuve d'efficacité. Cela étant, une marge d'appréciation suffisante doit lui être accordée. S'il se justifie de ne pas indemniser des démarches superflues, excessives ou téméraires, l'autorité ne doit émettre ce reproche qu'avec retenue et n'intervenir qu'en présence d'une disproportion manifeste entre la valeur des services rendus et la rémunération. Il faut en effet tenir compte de ce que le défenseur d'office se doit d'examiner toute opération qui pourrait être utile à son client, même s'il n'y procède pas par la suite. De même, le défenseur est tenu de se préparer à diverses éventualités qui pourraient ne pas se réaliser, par exemple parce que la partie adverse renonce au stade des débats à des questions préjudicielles prévisibles. Il doit également faire preuve d'une certaine disponibilité vis-à-vis de son client (HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, op. cit., n° 16 ad art. 135 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_856/2009 du 9 novembre 2009 consid. 4.1).

3.2

3.2.1 Le recourant reproche en premier lieu au Tribunal militaire 1 de ne pas avoir tenu compte d'environ 15 heures de travail concernant des courriers et courriels au client et à Me B._____, en se limitant à relever qu'il "*ne [voyait] pas en quoi les [...] "courrier, courriel" à Me B._____ (15h) correspondraient à des tâches réellement effectuées dans l'optique d'une défense efficace de l'accusé*".

Selon le recourant, l'autorité intimée perd à cet égard de vue que les 15 heures en question comprennent 82 courriers et courriels au client et à son confrère. Il indique également que le propre d'une défense pénale est la préparation du client, son information régulière et la détermination d'une défense pénale avec le conseil du ou des co-prévenus. Au demeurant, l'autorité intimée ne peut, selon ce dernier, s'arroger le droit de contester en bloc le travail effectué, qui a porté ses fruits, en ce sens qu'après 7 ans de procédure, il a obtenu l'acquiescement pur et simple de son client.

Se référant à sa liste détaillée, le recourant précise que, sur une période de 7 ans, il a rédigé les 82 courriers et courriels précités tant à son client qu'à son confrère chargé de la défense du co-prévenus. Sans entrer dans trop de détails, afin de ne pas dévoiler la stratégie de défense, ni le contenu des échanges, il relève cependant que, en ce qui concerne son mandant, il a fallu lui transmettre les courriers, lui expliquer chaque étape du dossier et la suite éventuelle qu'il convenait de donner ou non à chaque étape ou courrier, demander des explications et/ou des déterminations avant les éventuelles réponses à déposer, répondre aux questions du client, soumettre des projets d'écriture au client pour avoir son retour et pour finaliser des écritures. Pour ce qui a trait aux échanges avec son confrère, le recourant a dû lui écrire des courriels sur la stratégie de défenses des co-prévenus, lui transmettre les informations utiles sur les démarches entreprises et lui soumettre les éventuelles démarches pouvant être entreprises de sa part, décider ensemble les relances à effectuer ou les requêtes à déposer, convenir de la répartition des tâches, déterminer qui déposerait quelle requête, ou encore à quel moment et comment le co-prévenu soutiendrait ou non une démarche.

Le recourant ajoute que l'autorité ne peut s'arroger le droit de contester en bloc le travail de défense effectué, en rappelant que celui-ci a porté ses fruits, puisqu'aux terme de 7 ans de procédure, l'acquittalment pur et simple du client a été obtenu.

Aux regards des éléments précités, force est de constater que le Tribunal militaire 1 a, sans justification et de manière sommaire, écarté près de 15 heures de travail du recourant sur une période de 7 ans et pour des opérations détaillées dans le relevé horaire annexé à la liste de frais. Ce faisant, ledit Tribunal n'a pas respecté la jurisprudence pourtant claire du Tribunal fédéral, telle que rappelée plus haut (cf. *supra* consid. 3.1). En effet, le recourant a détaillé les opérations effectuées sur une période de 7 ans, et celles-ci n'apparaissent pas comme étant superflues, excessives ou téméraires. Bien au contraire, elles s'inscrivent dans le cadre d'une défense efficace du client et en concertation avec le co-prévenu. Au demeurant, il n'appartenait pas au Tribunal militaire 1 de contester les opérations indiquées en prétendant que l'avocat aurait dû organiser autrement la défense de son client.

Partant, il s'agira de retenir les 15 heures retranchées sans justifications pertinentes.

3.2.2 Le recourant reproche, en deuxième lieu, au Tribunal militaire 1 de n'avoir retenu que 4 fois une heure pour les quatre audiences, soit 4 heures, et non pas 10h24 et 1h30 pour les entretiens qu'il a eus avec son client avant et/ou après son interrogatoire. Il en conclut qu'il convient d'indemniser les 7h54 restantes.

Le recourant rappelle d'abord avoir travaillé durant 7 ans sur le dossier. Il souligne que le temps passé au téléphone avec son client et son confrère est plus que raisonnable, qu'il s'agit d'un travail nécessaire et que, lorsqu'il y a urgence ou que ce moyen de communication permet davantage de célérité, il téléphone ou demande à être appelé. S'agissant des 10h24 passées pour les conférences avec son client et des entretiens avant et après audiences, il les estime pleinement justifiées, au regard des explications suivantes. De manière générale, il fait valoir que *"sur environ 7 ans, il est absurde d'estimer que 10h24 de conférences et entretiens avant et après audiences ne seraient pas nécessaires à la défense. Bien au contraire, cela constitue la base indispensable de la défense pénale. En effet, un défenseur pénal travaille son dossier avec son client, parfois pendant des années pour un passage de quelques heures au tribunal"*. Le recourant conteste ensuite la critique émise quant à la ligne de défense adoptée. Il rapporte que, selon lui, la ligne de défense la plus difficile à tenir est le droit au silence, dès lors que ce droit nécessite une stratégie fine sur les réponses à apporter et les silences à garder, malgré la pression et les pièces présentées par la direction de la procédure lors des auditions. Cette stratégie devait être revue à chaque étape pour juger de l'opportunité ou non de s'y tenir. Il précise à cet égard qu'*"il est faux de prétendre que le prévenu n'aurait pas répondu à toutes les questions. Bien au contraire, les réponses données à des questions stratégiques sont largement suffisantes et elles ont abouti à l'acquittalment."*

En l'espèce, il ressort du jugement attaqué que le Tribunal militaire 1 s'est contenté de ne retenir que 4 heures pour les conférences avant et après audience, en se limitant à indiquer que le temps inscrit sur le décompte de 10h24 et 1h30 constitue une durée d'autant plus surfaite qu'à l'exception de l'audition devant fedpol, la ligne de défense de l'accusé a consisté

à répondre qu'il n'avait rien à déclarer aux questions posées. Ce faisant, l'autorité précédente, contrairement à la jurisprudence pourtant claire du Tribunal fédéral rappelée plus haut (cf. *supra* consid. 3.1), s'est bornée à estimer sommairement le temps qu'elle a jugé nécessaire à la défense du prévenu, sans indiquer les raisons qui l'ont poussée à considérer comme abusives les demandes d'indemnisation formées au titre d'honoraires d'avocat. *In casu*, si le temps décompté par le recourant peut paraître important, rien ne permet de mettre en doute certaines des opérations effectuées sur une durée, faut-il le rappeler, de 7 ans.

Partant, il s'agira de retenir les 7h54 retranchées sans justifications pertinentes, arrondies à 8 heures.

3.2.3 En troisième lieu, le recourant soutient que le Tribunal militaire 1 ne pouvait pas réduire à 6 heures le temps passé pour la procédure de scellés, pour laquelle il sollicitait l'indemnisation de 17h30 de travail.

Le recourant note d'abord que si l'auditeur en chef a passé 6 heures sur cette procédure ou sur les fichiers examinés, cela ne peut que le lier. En ce qui le concerne, pour assurer la défense de son client, il a fallu ouvrir quelques milliers de fichiers et en prendre connaissance avant de rédiger des écritures. Il précise qu'il est tout à fait normal qu'une requête de scellés ne soit au départ pas motivée, dès lors que le but est préventif, soit éviter que des échanges protégés n'entrent dans la procédure pénale. Le recourant ajoute que la demande de retranchement de pièces est motivée, comme le précise le jugement attaqué, ce qui démontre l'examen de toutes les pièces, sans exception. A cet égard, il relève que, au contraire d'un procureur qui lirait mal son dossier ou qui le lirait en diagonale et qui ne verrait pas des pièces essentielles, le défenseur pénal ne peut prendre le risque d'effectuer mal son travail et de se retrouver face à des pièces à charge qui auraient pu être retranchées du dossier, dès lors qu'il engagerait sa responsabilité civile. Il ajoute que le volume des fichiers extraits et des documents séquestrés était tellement important que l'intégralité du travail est à indemniser.

En l'espèce, force est de constater que le Tribunal militaire 1 ne s'est, pour ce poste, pas simplement limité à réduire sommairement le temps que le recourant indique avoir consacré à ce titre. En effet, les premiers juges ont retenu deux postes du relevé détaillé consacrés clairement à cet objet, soit celui du 18 avril 2019 pour 2.6 heures intitulé "*Examen des pièces à extraire du dossier*" et celui du 2 mars 2020 pour 2.8 heures dénommé "*Examen des fichiers extraits*". Il n'en demeure pas moins que le temps total retenu, soit 6 heures, pour l'ensemble des opérations liées à la procédure de séquestre et de levée des scellés est, *in casu*, insuffisant. Il appartenait au Tribunal militaire 1 de tenir encore compte du travail d'analyse nécessaire des différentes pièces. A cet égard, il doit toutefois être retenu que le temps indiqué par le recourant pour ce faire est manifestement abusif. Il sera en l'état admis, *ex aequo et bono*, que 4 heures supplémentaires auraient suffi pour effectuer ladite opération.

Ainsi, un temps global de 10 heures paraît équitable, soit 4 heures à ajouter au décompte du Tribunal militaire 1.

3.2.4 Le recourant se plaint, en dernier lieu, de ce que le Tribunal militaire 1 n'a retenu que

6 heures sur les 19h36 qu'il a indiquées pour les préparations d'audiences et de plaidoiries.

Le recourant relève que le Tribunal militaire 1 est malvenu de critiquer la ligne de défense adoptée. Il précise que le procès, suivi par des journalistes et des observateurs suisses et étrangers, était purement politique et qu'il fallait avant tout mettre l'engagement du prévenu dans un contexte politique afin de le valoriser. Pour lui, ce n'est qu'après la démonstration d'un tel engagement que le dossier avec ses pièces pouvait être examiné. Le recourant indique que les notes de plaidoiries font plus de 15 pages. Pour les établir, il a revu une nouvelle fois le dossier pour se rassurer n'avoir omis aucune pièce, ni aucun document. Il a fallu surtout lire des rapports d'expertise, comme celui sur les YPG, et les rapports d'investigation. Le recourant précise qu'il a fallu sélectionner toutes les pièces dont une lecture était nécessaire à l'audience pour que le Tribunal en prenne connaissance. De même, il souligne qu'une préparation d'audience consiste à prévoir toutes les éventualités, tout en soulignant la nécessité d'un examen minutieux des éventuels incidents et questions préjudicielles à plaider. Le fait qu'il n'y ait pas eu d'incident ni de question préjudicielle plaidé lors de l'audience ne signifiait pas que qu'il n'avait pas fallu en anticiper et se préparer sur ce plan, le défenseur pénal étant maître de sa stratégie et devant pouvoir décider sur le moment de l'opportunité ou non de plaider un incident. Comme l'audience s'était déroulée comme espéré par la défense, il n'avait pas été nécessaire de plaider des incidents possibles. Le recourant indique encore que, après 7 ans de procédure, il se devait de prendre plusieurs jours pour une préparation minutieuse de son dossier et pour ses plaidoiries finales, surtout si la télévision, la radio et des journalistes suisses et étrangers étaient présents dans la salle ou devant le tribunal. Il conclut en soulignant qu'il n'appartenait pas au tribunal de juger du contenu des plaidoiries, ni de les assimiler à une "*apologie*".

En l'espèce, il ressort de la liste détaillée produite par le recourant qu'il allègue avoir consacré 18.8 heures pour la préparation de l'audience du 14 avril 2023, les plaidoiries, l'onglet de pièces et les recherches juridiques. S'il est vrai que, comme le retient le Tribunal militaire 1, cette durée paraît excessive pour le dossier de la cause, connue du mandataire depuis le début de son intervention et ne portant que sur un seul chef d'accusation, la durée en question ne saurait être réduite du fait du choix de la stratégie de défense et en fonction de considérations émises en plaidoiries qui, selon l'autorité de première instance, auraient été davantage d'ordre politique que juridique. En effet, comme relevé plus haut (cf. *supra* consid. 3.1), il n'appartient pas à dite juridiction de contester la manière dont la défense a été organisée, ce d'autant que, d'une part, elle a porté ses fruits au vu de l'acquittement du prévenu et que, d'autre part, la procédure a, comme déjà relevé à plusieurs reprises, duré plus de 7 ans. Par ailleurs, dans le contexte de la présente affaire, il importait effectivement au défenseur de préparer toutes les éventualités qui pouvaient se réaliser, même si elles ne se sont pas produites lors des débats. Cela étant, il n'en demeure pas moins que les 18.8 heures dont l'indemnisation était sollicitée n'apparaissent pas justifiées, de sorte qu'il y a lieu de les réduire à 12.8 heures, deux journées de travail de 6.4 heures paraissant suffisantes et adéquates pour les opérations alléguées, certes importantes, mais pour un dossier connu de longue date et ayant impliqué de nombreuses autres activités rémunérées.

Partant, il s'agira d'ajouter 6.4 heures, arrondies à 7 heures, au temps retenu pour les préparations d'audiences et de plaidoiries.

3.2.5 Sur le vu de ce qui précède, il ressort que 34 heures supplémentaires doivent être indemnisées (15h [*supra* consid. 3.2.1] + 8h [*supra* consid. 3.2.2] + 4h [*supra* consid. 3.2.3] + 7h [*supra* consid. 3.2.4]). Le tarif horaire retenu par le Tribunal militaire 1 n'étant pas contesté, il en sera tenu compte. Ce sera ainsi un montant hors TVA de 10'200 fr. (34x300) qui sera ajouté à celui de 12'150 fr. retenu en première instance pour les honoraires, pour atteindre le montant total de 22'350 francs.

Partant, l'indemnité dues à titre de dépens au sdt X._____ s'élève à 26'838 fr. 50, TVA par 1'918 fr. 80 comprise (honoraires: 22'350 fr.; déplacements : 1'200. fr. ; débours : 1'369.70 fr. ; TVA: 1'918 fr. 80).

Au vu de ce qui précède, la demande de production de pièces formulées par le recourant devient sans objet.

4.

4.1 Aux termes de l'art. 183 al. 2^{bis} PPM, applicable conformément au renvoi de l'art. 199 PPM, lorsque l'appel, respectivement le recours, du lésé est admis en totalité ou en partie, le tribunal peut lui allouer une indemnité pour ses frais d'avocat dans la mesure où il ne bénéficiait pas de l'assistance judiciaire gratuite.

En l'espèce, le recourant n'a pas déposé de liste de frais. Au vu de l'activité nécessaire pour le présent recours, le Tribunal militaire de cassation estime que 4 heures sont suffisantes, au tarif horaire de 300 fr. tel que retenu par le Tribunal militaire 1 et non contesté. En définitive, l'indemnité globale doit être fixée à 1'292 fr. 40, TVA par 92 fr. 40 comprise.

4.2 Compte tenu de l'issue de la procédure, les frais de la cause doivent être mis à la charge de la Confédération (art. 183 al. 1 PPM, en relation avec l'art. 193 PPM). Les frais de la procédure sont arrêtés à 600 francs.

(937, 21 juin 2024, A. contre Tribunal militaire 1)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

3

Art. 34 Abs. 1 und 3, 35 Abs. 7, 90 Abs. 2 SVG; Art. 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 19 MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. d und e MStP; grobe Verletzung der Verkehrsregeln, Sachverhaltsirrtum, rechtfertigender Notstand (Notstandshilfe), Verbotsirrtum, Kassationsgründe der Verletzung des Strafgesetzes und der unzureichenden Begründung (Kassationsbeschwerde des Angeklagten)

Der objektive Tatbestand der groben Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 2 SVG ist gegeben, wenn der Täter eine wichtige Verkehrsvorschrift in objektiv schwerer Weise missachtet und dadurch die Verkehrssicherheit ernstlich gefährdet. Eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer liegt bereits bei einer erhöhten abstrakten Gefährdung vor. Eine solche setzt die naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung voraus (E. 2a).

Bei der Behinderung eines Überholmanövers liegt die konkrete Gefahr einer Auffahr- oder Streifkollision nahe. Das Ausschwenken des Angeklagten führte zu einer naheliegenden Möglichkeit einer konkreten Gefährdung anderer. Der objektive Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 SVG ist erfüllt (E. 2c).

Der subjektive Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG erfordert ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten, d.h. ein schweres Verschulden. Es genügt grobe Fahrlässigkeit. Diese kann auch dann vorliegen, wenn der Täter die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer nicht bedenkt, also unbewusst fahrlässig handelt (E. 2d; *in casu* erfüllt).

Vorliegend ging vom Überholmanöver keine unmittelbare und konkrete Gefährdung, sondern eine bloss abstrakte Gefahr für Leib und Leben bestimmter Verkehrsteilnehmer aus. Die Vorinstanz verneinte deshalb eine rechtfertigende Notstandshilfe nach Art. 17 Abs. 1 MStG zu Recht (E. 3c).

Die bloss Vorstellung der Möglichkeit einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib und Leben bestimmter Personen genügt nicht zur Annahme eines Putativnotstands. Der Täter muss vielmehr Umstände nachweisen, die bei ihm den Glauben erwecken konnten, dass er sich in einer Notstandslage befinde (E. 3g).

Es musste dem Angeklagten bewusst gewesen sein, dass das Überholmanöver keine unmittelbare und konkrete Gefahr schuf. Er kann sich daher nicht darauf berufen, irrtümlich eine unmittelbare Gefahr angenommen zu haben (E. 3h).

Der Angeklagte ging irrtümlich davon aus, dass die Annahme einer (erhöhten) abstrakten Gefährdung für einen rechtfertigenden Sachverhaltsirrtum über eine Notstandslage (Putativ-notstand) genüge. Er verkannte demnach die Rechtslage, was das Institut des Verbotsirrtums nach Art. 19 MStG beschlägt (E. 3h).

Der Verbotsirrtum muss auf Umständen beruhen, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch in die Irre hätte führen lassen. Solche Umstände legt der Angeklagte nicht dar (E. 4).

Art. 34 al. 1 et 3, 35 al. 7, 90 al. 2 LCR ; art. 14 al. 1, 17 al. 1 et 19 CPM ; art. 185 al. 1 let. d et e PPM ; violation grave des règles de la circulation routière, erreur sur les faits, état de nécessité licite, erreur sur l'illicéité, motif de cassation relatif à la violation de la loi pénale et à l'insuffisance de motivation (pourvoi en cassation de l'accusé).

L'élément objectif de l'infraction de violation grave des règles de la circulation routière au sens de l'art. 90 al. 2 LCR est réalisé lorsque l'auteur viole une règle importante de manière objectivement grave et met ainsi sérieusement en danger la sécurité du trafic. Un danger sérieux pour autrui peut déjà résulter d'une mise en danger abstraite accrue. Celle-ci suppose une possibilité réelle de mise en danger concrète ou de lésion (consid. 2a).

En cas d'entrave à une manoeuvre de dépassement, il existe un danger concret de collision. L'écart effectué par l'accusé a créé une possibilité sérieuse de mise en danger concrète d'autrui. L'élément objectif de la violation grave des règles de la circulation routière est réalisé (consid. 2c).

L'élément subjectif de l'infraction sanctionnée par l'art. 90 al. 2 LCR implique un comportement dénué de scrupules ou tout au moins un comportement gravement contraire aux règles de la circulation routière, partant une faute grave. Une négligence grave est suffisante. Une telle faute grave peut aussi être admise lorsque l'auteur ne tient pas compte de la mise en danger des autres usagers de la route, par négligence inconsciente (consid. 2d; en l'espèce réalisé).

Dans le cas d'espèce, il n'a résulté de la manoeuvre de dépassement aucune mise en danger immédiate et concrète, mais une simple mise en danger abstraite de la vie et de l'intégrité de certains usagers déterminés. L'autorité précédente a ainsi dénié à juste titre l'hypothèse d'un état de nécessité licite en faveur d'autrui au sens de l'art. 17 al. 1 CPM (consid. 3c).

Le simple fait de concevoir la possibilité d'un danger imminent impossible à détourner autrement pour la vie et l'intégrité de personnes déterminées ne suffit pas pour admettre un cas d'état de nécessité putatif. L'auteur doit au contraire établir les circonstances qui étaient de nature à lui faire penser qu'il se trouvait en état de nécessité (consid. 3g).

L'accusé devait réaliser que la manoeuvre de dépassement ne créait pas de danger immédiat et concret. Il ne peut donc pas prétendre avoir admis par erreur l'existence d'un tel danger (consid. 3h).

L'accusé fait fausse route en considérant que la prise en compte d'une mise en danger abstraite accrue suffisait à considérer une erreur sur les faits permettant d'admettre un état de nécessité putatif. L'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 19 CPM est ainsi exclue (consid. 3h).

L'erreur sur l'illicéité doit se rapporter à des circonstances dans lesquelles une personne consciencieuse aurait pu tomber dans l'erreur. De telles circonstances ne sont pas exposées en l'espèce (consid. 4).

Art. 34 cpv. 1 e 3, 35 cpv. 7, 90 cpv. 2 LCStr; art. 14 cpv. 1, 17 cpv. 1, 19 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. d ed e PPM; grave infrazione alle norme della circolazione, errore sui fatti, stato di necessità esimente (aiuto in caso di stato di necessità), errore sull'illiceità, motivi di cassazione della violazione della legge penale e della motivazione insufficiente (ricorso per cassazione dell'accusato)

La fattispecie oggettiva della grave infrazione alle norme della circolazione ai sensi dell'art. 90 cpv. 2 LCStr risulta adempiuta quando l'autore disattende in modo oggettivamente grave una regola fondamentale della circolazione e pone così in serio pericolo la sicurezza del traffico. Un serio pericolo per la sicurezza di terzi va ammesso già in caso di messa in pericolo astratta accresciuta. Quest'ultima presuppone la possibilità imminente di una messa in pericolo concreta o di una lesione (consid. 2a).

Nel caso di impedimento di una manovra di sorpasso, il pericolo concreto di un tamponamento o di una collisione laterale risulta evidente. Lo sbandamento dell'accusato ha comportato la possibilità imminente di una messa in pericolo concreta di terzi. La fattispecie oggettiva della grave infrazione alle norme della circolazione ai sensi dell'art. 90 cpv. 2 LCStr risulta adempiuta (consid. 2c).

La fattispecie soggettiva dell'art. 90 cpv. 2 LCStr presuppone un comportamento senza riguardi o gravemente contrario alle norme della circolazione, vale a dire una colpa grave. È sufficiente una negligenza grave. Quest'ultima può realizzarsi anche quando l'autore non ha preso in considerazione la messa in pericolo degli altri utenti della strada, agendo quindi in modo inconsapevolmente negligente (consid. 2d; presupposto *in casu* adempiuto).

Nel caso in esame, la manovra di sorpasso non ha causato una messa in pericolo imminente e concreta, ma bensì un mero pericolo astratto per la vita e l'integrità fisica di determinati utenti della strada. Pertanto, l'istanza inferiore ha negato a ragione un aiuto in caso di uno stato di necessità esimente ai sensi dell'art. 17 cpv. 1 CPM (consid. 3c).

La semplice supposizione concernente la possibilità di un pericolo imminente e non evitabile per la vita e l'integrità fisica di determinate persone non è sufficiente per ammettere uno stato di necessità putativo. L'autore deve dimostrare le circostanze che gli hanno fatto credere di trovarsi in uno stato di necessità (consid. 3g).

L'accusato doveva essere consapevole del fatto che la manovra di sorpasso non aveva creato

un pericolo imminente e concreto. Egli non può quindi sostenere di aver erroneamente ritenuto dato un pericolo imminente (consid. 3h).

L'accusato credeva erroneamente che una messa in pericolo astratta (accresciuta) fosse sufficiente per ammettere un errore sui fatti esimente concernente uno stato di necessità (stato di necessità putativo). Egli ha quindi errato sulla situazione giuridica, ciò che riguarda l'istituto dell'errore sull'illiceità ai sensi dell'art. 19 CPM (consid. 3h).

L'errore sull'illiceità deve basarsi su circostanze che avrebbero tratto in errore anche una persona coscienziosa. L'accusato non adduce circostanze di questo tipo (consid. 4).

Sachverhalt:

A.

a) Am 2. November 2020 um ca. 07:30 Uhr lenkte der Angeklagte während seines Militärdienstes mit der Stabskp Log Bat 101 den Armeetransporter VW T6 Kombi 2.0 mit dem Kontrollschild M 27315 in Wetzikon (ZH) auf der Hinwilerstrasse ausserorts von Kempten (ZH) herkommend in Fahrtrichtung Ettenhausen (ZH).

Er fuhr wegen eines Traktors im langsamen Kolonnenverkehr. Als von hinten der Personewagen Mercedes-Benz AMG A45S, gelenkt von S. _____, herannahte und dazu ansetzte, kurz vor dem Dorfeingang Ettenhausen zu überholen, schwenkte der Angeklagte nach links aus, um S. _____ vom Überholmanöver abzuhalten. Dieser musste darauf abbremsen und sein Überholmanöver abbrechen.

b) Der Auditor der Auditorenregion 2 verurteilte den Angeklagten mit Strafmandat vom 26. Oktober 2021 wegen einfacher Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 und 3 sowie Art. 35 Abs. 7 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) zu einer Busse von Fr. 2'000.–.

Dagegen erhob der Oberauditor am 29. Oktober 2021 Einsprache. Das Militärgericht 2 verurteilte den Angeklagten mit Urteil vom 1. April 2022 wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 und 3 sowie Art. 35 Abs. 7 SVG zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 130.– sowie zu einer Busse von Fr. 520.–.

B.

Gegen dieses Urteil erklärte der Angeklagte am 4. April 2022 Appellation.

Mit Urteil vom 22. Juni 2023 wies das Militärappellationsgericht 2 die Appellation ab und bestätigte das Urteil des Militärgerichts 2. Es erklärte den Angeklagten schuldig der groben Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 und 3 sowie Art. 35 Abs. 7 SVG und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 130.– sowie einer Busse von Fr. 520.–. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit

auf zwei Jahre festgesetzt.

C.

Mit Eingabe vom 26. Juni 2023 meldete der Angeklagte Kassationsbeschwerde an, die er mit Eingabe vom 31. August 2023 begründete. Er beantragt, das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 22. Juni 2023 sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Erwägungen:

1.

b) Das Militärkassationsgericht prüft gemäss Art. 189 Abs. 2 MStP nur die gestellten Anträge. Es beurteilt ein mit Kassationsbeschwerde angefochtenes Urteil grundsätzlich nur auf das Vorliegen von zumindest der Sache nach vorgebrachten Kassationsgründen (Urteil MKG 929 vom 9. September 2022, E. 1b; Theo Bopp, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008 [nachfolgend: MStP-Kommentar], Art. 185 N 3, m.H.). Der Beschwerdeführer muss unter Hinweis auf den angerufenen Kassationsgrund darlegen, welche Bestimmungen er als verletzt erachtet und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll (qualifiziertes Rügeprinzip; vgl. MKGE 14 Nr. 27 E. 2). (...)

c) Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Kassationsgründe der Verletzung des Strafgesetzes (Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP) und der unzureichenden Urteilsbegründung (Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP).

Als Verletzung des Strafgesetzes erachtet er die Qualifikation seines Verhaltens als grobe Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 2 SVG (E. 2). Dieser Kassationsgrund sei auch insofern gegeben, als das Militärappellationsgericht 2 die Bestimmungen über den Sachverhaltsirrtum (Art. 14 MStG) und über den rechtfertigenden Notstand (Art. 17 MStG) fehlerhaft angewendet habe (E. 3).

Der Beschwerdeführer bestreitet den vom Militärappellationsgericht 2 festgestellten Sachverhalt nicht (Beschwerde, III. 1). Er beruft sich denn auch nicht auf den Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung (Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP). Das Militärkassationsgericht stellt dementsprechend auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ab, soweit die Feststellungen nicht willkürlich sind (MKGE 12 Nr. 12 E. 2a; Bopp, MStP-Kommentar, Art. 185 N 3, m.w.H.).

Nicht eingetreten werden kann deshalb auf die Kassationsbeschwerde, soweit der Beschwerdeführer Tatsachen vorbringt, die von den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz abweichen (Bopp, MStP-Kommentar, Art. 187-189 MStP N 12, 14, m.w.H.).

2.

a) Gemäss Art. 90 Abs. 2 SVG wird mit Freiheits- oder Geldstrafe bestraft, wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorrufft oder in Kauf nimmt.

Der objektive Tatbestand ist gegeben, wenn der Täter eine wichtige Verkehrsvorschrift in objektiv schwerer Weise missachtet und dadurch die Verkehrssicherheit ernstlich gefährdet hat (BGE 130 IV 32 E. 5.1; Hans Maurer, Kommentar StGB/JStG, 21. Aufl. 2022 (nachfolgend: Kommentar StGB/JStG), Art. 90 SVG N 21). Eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer liegt bereits bei einer erhöhten abstrakten Gefährdung vor. Eine solche setzt die naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung voraus (BGE 142 IV 93 E. 3.1; 130 IV 32 E. 5.1; 121 IV 230 E. 2b). Wesentliches Kriterium für eine erhöhte abstrakte Gefährdung ist demnach die Nähe der Verwirklichung der Gefahr.

Ob eine konkrete, eine erhöhte abstrakte oder nur eine abstrakte Gefahr geschaffen wird, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Zu berücksichtigen sind unter anderem die Verkehrsdichte, Sicht- und Wetterverhältnisse, die örtlichen Verhältnisse oder voraussehbar gefährliche Verkehrssituationen (BGE 142 IV 93 E. 3.1; Maurer, Kommentar StGB/JStG, Art. 90 SVG N 21, m.w.H.).

b) Die vorliegend relevanten Verkehrsregeln ergeben sich aus dem SVG. Danach müssen Fahrzeuge rechts fahren (Art. 34 Abs. 1 SVG), bei Änderung der Fahrrichtung Rücksicht auf die nachfolgenden Fahrzeuge nehmen (Art. 34 Abs. 3 SVG) und dem sich ankündigenden, schneller fahrenden Fahrzeug die Strasse zum Überholen freigeben (Art. 35 Abs. 7 SVG). Es handelt sich – wie die Vorinstanz zu Recht festhält (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 13) – um elementare Vorschriften zur Vermeidung von Kollisionen.

c) Der Beschwerdeführer stellt nicht infrage, die Verkehrsregeln nach Art. 34 Abs. 1 und 3 und Art. 35 Abs. 7 SVG verletzt zu haben. Er bestreitet indes, dass diese Verkehrsregelverletzung schwer gewesen sei. Er argumentiert, die Kolonne sei lediglich mit 30 km/h unterwegs gewesen. Eine konkrete Gefahr in Form eines Auffahrunfalls oder Abdrängens sei damit ausgeschlossen gewesen, zumal S. _____ nach dem Beweisergebnis der Vorinstanz zwar habe abbremsten, aber keine Vollbremsung habe tätigen müssen (Beschwerde, III. 5).

Das Urteil der Vorinstanz hält demgegenüber fest, dass vom Fahrmanöver des Beschwerdeführers eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer ausgegangen sei. Das Militärappellationsgericht 2 führt aus, der Beschwerdeführer habe mit dem Ausschwenken zumindest eine naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefahr in Form eines Auffahrunfalls oder eines Abdrängens von der Strasse geschaffen. Denn der Überholende sei gerade daran, sein Fahrzeug zu beschleunigen und habe folglich keine Bremsbereitschaft erstellt; zudem rechne er nicht mit einem Ausschwenken des voranfahrenden Fahrzeuges (Urteil Militärappellationsgericht 2, III. 14).

Vorliegend war vorherzusehen, dass das überholende Fahrzeug stark beschleunigen würde, um das Überholmanöver rechtzeitig, d.h. vor Beginn der 50er-Zone und der Verkehrsinsel am

Dorfeingang abzuschliessen. Bei der Behinderung eines Überholmanövers liegt die konkrete Gefahr einer Auffahr- oder Streifkollision nahe. Dass Kolonnenverkehr herrschte, deutet auf eine hohe Verkehrsdichte hin. Aufgrund der Morgendämmerung ist zudem von eingeschränkten Sichtverhältnissen auszugehen. Angesichts dieser Umstände führte das Verhalten des Beschwerdeführers – wie die Vorinstanz willkürfrei feststellt (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 14) – zu einer naheliegenden Möglichkeit einer konkreten Gefährdung anderer. Dass die Kolonne mit geringer Geschwindigkeit unterwegs war, ändert hieran nichts.

Der objektive Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 SVG ist deshalb erfüllt.

d) Der Beschwerdeführer bestreitet die Einschätzung des Militärappellationsgerichts 2, dass der subjektive Tatbestand gegeben sei. Er wendet im Einzelnen ein, er habe – wovon auch die Vorinstanz ausgehe – einen drohenden schweren Verkehrsunfall verhindern wollen. Es könne ihm deshalb kein schweres Verschulden vorgeworfen werden (Beschwerde, III. 4; Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 10, 15).

Der subjektive Tatbestand erfordert ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten, d.h. ein schweres Verschulden. Es genügt grobe Fahrlässigkeit (BGE 142 IV 93 E. 3.1; 130 IV 32 E. 5.1; Maurer, Kommentar StGB/JStG, Art. 90 SVG N 23, m.w.H.). Diese ist zu bejahen, wenn der Täter sich der allgemeinen Gefährlichkeit seiner verkehrswidrigen Fahrweise bewusst war. Grobe Fahrlässigkeit kann aber auch vorliegen, wenn der Täter die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer nicht bedacht, also unbewusst fahrlässig gehandelt hat (BGE 106 IV 48 E. 2b; 130 IV 32 E. 5.1; 131 IV 133 E. 3.2).

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, er sei sich der allgemeinen Gefährlichkeit seiner Fahrweise nicht bewusst gewesen (Beschwerde, III. 4), kann er nicht gehört werden. Nach den willkürfreien Feststellungen der Vorinstanz hat er gewusst oder es zumindest für möglich halten müssen, dass er mit dem Ausschwenken eine Gefahr im Sinne der vorstehenden Erwägungen schafft (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 15).

Die Vorinstanz hält dem Beschwerdeführer zwar zugute, dass er ein aus seiner Sicht gefährliches Überholmanöver habe unterbinden wollen. Sie bewertet sein Verhalten dennoch zutreffend als subjektiv schwerwiegend (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 15). Die Vorinstanz hat den subjektiven Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 SVG zu Recht bejaht.

e) Mit der Vorinstanz ist das Verhalten des Beschwerdeführers demzufolge als grobe Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 und 3 und Art. 35 Abs. 7 SVG zu qualifizieren. Die Rüge, die Vorinstanz habe das Strafgesetz verletzt, ist insoweit unbegründet.

3.

a) Als Rechtfertigungsgründe kommen – wie die Vorinstanz zurecht erwogen hat –, ein Notstand oder ein Putativnotstand infrage.

b) Wer eine Straftat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person (Notstandshilfe) aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, handelt rechtmässig, wenn er dadurch höhere Interessen wahrt (rechtfertigender Notstand; Art. 17 Abs. 1 MStG). Das gerettete Rechtsgut muss wertvoller sein als das vom Täter verletzte Rechtsgut (BGE 129 IV 6 E. 3.2, m.w.H.; Urteil des BGer 6B_495/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.1.1 [zu Art. 17 des Strafgesetzbuchs, StGB; SR 311.0]).

Die Gefahr für das höhere Interesse muss unmittelbar und konkret sein, d.h. sich nur durch sofortiges Eingreifen abwenden lassen (BGE 129 IV 6 E. 2.7 und 3.2; 122 IV 1 E. 3a; Günther Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2011, S. 242). Notstand darf mithin nur angerufen werden, wenn die Tat ein notwendiges und angemessenes Mittel ist, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen (Urteil des BGer 6B_322/2022 vom 25. August 2022 E. 2.4.5, m.w.H.). Bei diesem Ziel muss es sich um einen individuellen Notstand handeln; die Wahrung allgemeiner Rechtsgüter wird nicht von Art. 17 Abs. 1 MStG erfasst (Urteil des BGer 6B_200/2018 und 6B_210/2018 vom 8. August 2018 E. 3.3; BGE 94 IV 68 E. 2).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung schützt Art. 90 Abs. 1 SVG unmittelbar nur das öffentliche Interesse am reibungslosen Ablauf der Fortbewegung auf öffentlichen Strassen; Individualinteressen wie Leib und Leben oder das Eigentum und Vermögen würden nur mittelbar geschützt (vgl. BGE 138 IV 258 E. 3.1, m.w.H.). Was den hier massgebenden Art. 90 Abs. 2 SVG anbelangt, hielt das Bundesgericht jedoch fest, es erscheine fraglich, ob die Verkehrsordnung wirklich nur öffentliche Interessen schütze, während Individualrechtsgüter nur mittelbar geschützt würden (BGE 138 IV 258 E. 3.3.2). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, das Bundesgericht habe damit zutreffend angedeutet, dass Art. 90 Abs. 2 SVG nicht nur die Verkehrssicherheit als abstraktes Gut schütze, sondern unmittelbar auch Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer. Dafür spreche nicht zuletzt, dass Art. 90 Abs. 2 SVG eine erhöhte abstrakte Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit Dritter voraussetze (vgl. Urteil des BGer 6B_322/2022 vom 25. August 2022 E. 2.4.1, m.w.H.). Die Thematik braucht mangels Relevanz für den Ausgang des Verfahrens nicht weiter erörtert zu werden.

c) Vorliegend ging vom Verhalten von S._____ keine unmittelbare und konkrete Gefährdung für Leib und Leben bestimmter Verkehrsteilnehmer aus. Vielmehr bestand gemäss den Feststellungen der Vorinstanz lediglich eine abstrakte Gefahr (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 18, 20). Die Vorinstanz hat deshalb eine rechtfertigende Notstandshilfe nach Art. 17 Abs. 1 MStG zu Recht verneint.

d) Zu prüfen ist jedoch ein sog. Putativnotstand, d.h. ein Irrtum über das Vorliegen einer Notstandssituation. Die Vorinstanz bejaht einen Putativnotstand, stuft diesen jedoch als vermeidbar ein (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 20).

e) Der Beschwerdeführer rügt, entgegen der Vorinstanz liege ein nicht vermeidbarer Putativnotstand vor. Er macht geltend, er habe die Situation – es handle sich um eine Strasse mit leichter Rechtsbiegung 100 Meter vor Dorfeingang – als unübersichtlich erachtet, die Örtlichkeiten – Mittelinsel am Dorfeingang – gekannt und angenommen, dass S._____ die

Situation falsch einschätze. Deshalb habe er – wovon die Vorinstanz auch ausgehe – befürchtet, dass es zu einer Frontalkollision mit möglichem Gegenverkehr bei hoher Geschwindigkeit komme oder dass S._____ sich beim Wiedereinfügen in die Fahrzeugkolonne hätte hineindrängen müssen (Beschwerde, III. 9 f.).

f) Die Vorinstanz geht von einem Putativnotstand des Beschwerdeführers aus. Dieser habe sich über die Natur der Gefahr geirrt, indem er von einer unmittelbaren statt von einer lediglich abstrakten Gefahr ausgegangen sei. Der Irrtum sei jedoch aufgrund der Ausbildung des Beschwerdeführers zum Verkehrsunteroffizier im Sinne von Art. 14 Abs. 2 MStG vermeidbar gewesen (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 20).

g) Ein Putativnotstand liegt vor, wenn der Täter irrtümlich von einer Notstandssituation ausgeht, also irrtümlich annimmt, es drohe eine nicht anders abwendbare unmittelbare und konkrete Gefahr im Sinne von Art. 17 Abs. 1 MStG. Es gelten die Regeln des Sachverhaltsirrtums nach Art. 14 Abs. 1 MStG. Danach beurteilt das Gericht den Täter nach dem Sachverhalt, den sich dieser vorgestellt hat (Urteil des BGer 6B_794/2010 vom 28. Februar 2011 E. 2.7; BGE 129 IV 6 E. 3.2; 125 IV 49 E. 2d). War der Irrtum vermeidbar, mildert das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen (BGE 122 IV 1 E. 2b).

Die blossе Vorstellung der Möglichkeit einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib und Leben bestimmter Personen genügt dabei nicht zur Annahme eines Putativnotstands. Der Täter muss vielmehr Umstände nachweisen, die bei ihm den Glauben erwecken konnten, dass er sich in einer Notstandslage befinde (Urteil des BGer 6B_569/2018 vom 20. März 2019 E. 3.5.2, 3.5.4; BGE 93 IV 81 E. b [Putativnotwehr]).

h) Zwar hat der Beschwerdeführer nach den Feststellungen der Vorinstanz das Überholmanöver von S._____ als gefährlich erachtet und eine Frontalkollision mit möglichem Gegenverkehr befürchtet (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 20). Es gab jedoch zum massgebenden Zeitpunkt keinen Gegenverkehr (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 10). Der Beschwerdeführer macht denn auch nicht geltend, dass er mit seinem Manöver eine Gefahr habe vermeiden wollen, die von einem tatsächlich vorhandenen Gegenverkehr ausgegangen sei. Vor diesem Hintergrund musste ihm bewusst gewesen sein, dass das Überholmanöver keine unmittelbare und konkrete Gefahr schuf (E. 3c). Der Beschwerdeführer kann sich daher nicht darauf berufen, irrtümlich eine unmittelbare Gefahr angenommen zu haben. In diesem Sinne führt er unter III. 6 seiner Beschwerde aus, er sei "nicht von einer unmittelbar drohenden bzw. akuten und konkreten Gefahrensituation" ausgegangen. Der Beschwerdeführer unterlag demnach keinem Sachverhaltsirrtum.

Vielmehr begründet der Beschwerdeführer sein Verhalten sinngemäss damit, dass er eine – aus seiner Sicht erhöhte – abstrakte Gefährdung habe verhindern wollen. Hiervon geht auch die Vorinstanz aus, wenn sie ausführt, dass der Beschwerdeführer eine Frontalkollision mit "möglichem Gegenverkehr" befürchtet habe (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 10, 20). Der Beschwerdeführer ging somit irrtümlich davon aus, dass die Annahme einer (erhöhten) abstrakten Gefährdung für einen rechtfertigenden Sachverhaltsirrtum über eine Notstandslage (Putativnotstand) genüge. Er verkannte demnach die Rechtslage, was das Institut des

Verbotsirrtums nach Art. 19 MStG beschlägt (vgl. Stratenwerth, a.a.O., S. 279 ff.). Dieser ist nachfolgend auf seine Beachtlichkeit zu prüfen.

4.

Der Verbotsirrtum (Rechtsirrtum) ist als Schuldausschlussgrund in Art. 19 MStG geregelt. Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt demnach nicht schuldhaft (1. Satz). War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe (2. Satz).

Im Unterschied zum Sachverhaltsirrtum betrifft der Verbotsirrtum die Konstellation, dass der Täter in Kenntnis aller Tatumstände handelt, sein Tun aber irrtümlich für erlaubt hält. Der Irrtum bezieht sich auf die Rechtswidrigkeit der konkreten Tat (BGE 129 IV 238 E. 3.1 [betreffend Art. 21 StGB]). Auf einen Verbotsirrtum kann sich nur berufen, wer aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt (aArt. 20 StGB; vgl. BGE 105 IV 181 E. 4c; Stratenwerth, a.a.O., S. 311 ff.). Die entsprechenden Gründe müssen den Irrtum entschuldigen (BGE 104 IV 175 E. 5; 98 IV 41 E. 8b, m.w.H.). Der Irrtum muss auf Umstände beruhen, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch in die Irre hätte führen lassen (MKGE 14 Nr. 10 E. 4a; 13 Nr. 17 E. 2 [fremder Militärdienst]; BGE 98 IV 293 E. 4a). Rechtsunkenntnis schützt nur in besonderen Fällen vor Strafe (BGE 129 IV 238 E. 3.1, m.w.H.).

Vorliegend legt der Beschwerdeführer keine Gründe für die Annahme dar, er begehe kein Unrecht. Jeder gewissenhafte Mensch muss sich denn auch bewusst sein, dass das Motiv, eine (erhöhte) abstrakte Gefährdung im Strassenverkehr zu verhindern, es nicht entschuldigen kann, sich über elementare Verkehrsregeln hinwegzusetzen, die Kollisionen und damit Gefahren für Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer verhindern sollen. Ein zu beachtender Verbotsirrtum liegt daher nicht vor. Weitere Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

5.

a) Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, das Urteil enthalte keine hinreichende Begründung im Sinne von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP. Die Vorinstanz habe nicht dargelegt, weshalb sein Irrtum vermeidbar gewesen sei. Zudem sei der Vorwurf der Vorinstanz nicht nachvollziehbar, dass er eine allfällige gefährliche Situation hätte entschärfen können, indem er innerhalb der Kolonne Platz für den überholenden S._____ schaffe (Urteil Militärappellationsgericht 2, Ziff. 20). Denn die Kolonne sei mit maximal 30 km/h und mit sehr geringen Fahrzeugabständen unterwegs gewesen. Weder Zeit noch Raum hätten genügt, um S._____ bei Gegenverkehr das gefahrlose Wiedereinbiegen zu ermöglichen (Beschwerde, III. Ziff. 9).

b) Die Vorinstanz begründet ihre Beurteilung, wonach der Irrtum des Beschwerdeführers über die Notstandslage vermeidbar gewesen sei, mit dessen Ausbildung zum Verkehrsunteroffizier.

c) Der Zweck der schriftlichen Urteilsbegründung besteht insbesondere darin, den Parteien die wesentlichen Entscheidungsgründe des Gerichts darzulegen, um ihnen wie auch einer Rechtsmittelinstanz die Überprüfung des Urteils zu ermöglichen (MKGE 11 Nr. 28 E. 4b). Der

Kassationsgrund der unzureichenden Urteilsbegründung nach Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP ist daher nicht bereits dann gegeben, wenn zusätzliche, allenfalls wünschbare Urteilsabwägungen unterbleiben, sondern erst, wenn das Urteil in einem wesentlichen Punkt nicht hinreichend nachvollziehbar begründet ist (vgl. Bopp, MStP-Kommentar, Art. 185 MStP N 45 f.).

d) Das Urteil ist zureichend begründet: Es war dem Beschwerdeführer möglich, dem Militärkassationsgericht darzulegen, warum er mit der Einschätzung der Vorinstanz zur Vermeidbarkeit des Irrtums nicht einverstanden sei. Es war ihm ebenfalls möglich auszuführen, weshalb mildere Massnahmen wie die von der Vorinstanz vorgeschlagenen seines Erachtens nicht zielführend gewesen wären. Die Rüge beschlägt bei Lichte besehen die Frage der richtigen Rechtsanwendung, die mit der Begründungspflicht nichts zu tun hat (statt vieler BGE 145 III 324 E. 6.1). Sie ist deshalb unbegründet.

6.

Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde als unbegründet abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Kosten des vorliegenden Verfahrens in Höhe von Fr. 1'000.– zu Lasten des Beschwerdeführers (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP; vgl. André W. Moser, MStP-Kommentar, Art. 193 N 12).

(MKG 938, 21. Juni 2024, Angeklagter gegen Militärappellationsgericht 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

4

Art. 200 Abs. 1 lit. a MStP; Art. 54 BGG; Verfahrenssprache; Revisionsgesuch, vorliegend betreffend ein Strafmandat

Der Militärstrafprozess (MStP) gibt die Sprache von Eingaben und des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht nicht ausdrücklich vor. Analoge Anwendung von Art. 54 Abs. 1 BGG, wonach das Verfahren in einer der Amtssprachen (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) geführt wird, in der Regel in der Sprache des angefochtenen Entscheids. Gestützt darauf ergeht das Urteil in französischer Sprache (E. 1).

Darlegung der allgemeinen, strengen Voraussetzungen einer Revision eines Entscheids in Strafsachen (E. 2.3.1). Das Revisionsverfahren dient nicht dazu, die Verwertbarkeit eines Beweismittels wieder in Frage zu stellen, dessen Rechtmässigkeit bereits im Voraus hätte beanstandet werden können; auf ein Revisionsgesuch ist nicht einzutreten, wenn eine Unverwertbarkeit eines Beweismittels geltend gemacht wird, nicht aber das Vorliegen neuer und erheblicher Tatsachen oder Beweismittel (E. 2.3.2).

Art. 200 al. 1 let. a PPM ; art. 54 LTF ; langue de la procédure ; demande de révision, en l'occurrence d'une ordonnance de condamnation

La Procédure pénale militaire (PPM) ne règle pas de manière explicite la langue des mémoires et de la procédure devant le Tribunal militaire de cassation. Application par analogie de l'art. 54 al. 1 LTF, qui prévoit que la procédure est conduite dans l'une des langues officielles (allemand, français, italien, rumantsch grischun), en règle générale dans la langue de la décision attaquée ; en l'espèce et sur cette base, l'arrêt est rédigé en français (consid. 1).

Rappel des principes généraux, strictes, concernant la révision d'une décision pénale (consid. 2.3.1) ; la procédure de révision ne saurait permettre de rediscuter la validité d'un moyen de preuve, dont la licéité aurait pu être contestée au préalable ; une demande de révision fondée sur le prétendu caractère illicite d'un moyen de preuve, et non sur l'invocation d'un fait ou d'un moyen de preuve nouveaux et sérieux, doit être déclarée irrecevable (consid. 2.3.2).

Art. 200 cpv. 1 lett. a PPM; art. 54 LTF; lingua del procedimento; domanda di revisione, nel caso di specie di un decreto d'accusa

La Procedura penale militare (PPM) non regola esplicitamente la lingua degli allegati e della procedura dinanzi al Tribunale militare di cassazione. Applicazione per analogia dell'art. 54 cpv. 1 LTF, il quale prevede che il procedimento si svolge in una delle lingue ufficiali (tedesco, francese, italiano, rumantsch grischun), di regola nella lingua della decisione impugnata; per questo motivo, nel caso di specie la sentenza viene redatta in francese (consid. 1).

Ricapitolazione dei principi generali, restrittivi, concernenti la revisione di una decisione penale (consid. 2.3.1); la procedura di revisione non permette di rimettere in discussione l'utilizzabilità di un mezzo di prova, la cui liceità avrebbe potuto essere contestata in precedenza; una domanda di revisione fondata sul preteso carattere illecito di un mezzo di prova, che non invoca un fatto o un mezzo di prova nuovo e serio, deve essere dichiarata irricevibile (consid. 2.3.2).

Faits :

A.

Par ordonnance de condamnation de l'Auditeur de la Région d'auditeurs 1 du 16 janvier 2023, le sgt X._____ a été reconnu coupable de violation grave des règles de la circulation routière (art. 90 al. 2 *cum* art. 34 al. 4 LCR et 12 al. 1 OCR) pour avoir, le 3 mai 2022 vers 09h50, sur l'autoroute A6 entre F._____ et G._____, circulé au volant du véhicule militaire Mercedes Benz immatriculé [...] à une vitesse de 120 km/h sur environ un kilomètre, à une distance de 14 mètres du véhicule civil qui le devançait et pour avoir, le même jour, quelques instants plus tard, au même endroit, sur environ 500 mètres, suivi un deuxième véhicule civil à une distance de 15 mètres, tout en roulant à une vitesse de 120 km/h. Il a été condamnée à une peine pécuniaire de 20 jours-amende à 30 fr. l'unité avec sursis pendant 2 ans, ainsi qu'à une amende de 300 francs.

En l'absence d'opposition, dite ordonnance est devenue définitive et exécutoire, entrant en force le 31 mars 2023.

B.

Le 25 janvier 2024 l'Office de la circulation routière et de la navigation de l'armée (OCRNA) a retiré l'autorisation de conduire militaire pour toutes les catégories à X._____ et lui a interdit de conduire de véhicules militaires, tant en service de troupe soldé que lors d'activités hors du service.

C.

Par courrier du 4 février 2024, rédigé en langue allemande, X._____ a formé une "*Einsprache gegen den Entzug des militärischen Führerausweises vom 25. Januar 2024*", en prenant les conclusions suivantes :

1. *Der Entzug des militärischen Führerausweises vom 25. Januar 2024 ist aufzuheben.*
2. *X._____ ist der groben Verletzung der Verkehrsregeln freizusprechen.*
3. *Der Strafbefehl vom 16. Januar 2023 durch die Militärjustiz, Région d'auditeurs 1 (JM 22.000438) ist im Rahmen des Revisionsverfahren aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*

4. *X._____ ist ein amtlicher Verteidiger zuzuteilen, wie dies nach der Einvernahme durch die Militärpolizei vom Angeschuldigten beantragt wurde, damit ein ordentliches und formal korrektes Verfahren gegen ihn durch die Militärjustiz geführt wird.*
5. *Sofern durch die Militärjustiz keine neuen Beweise beigebracht werden können, ist das Verfahren einzustellen.*
6. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten des Staates.*

D.

Le courrier précité a été adressé par X._____ au Chef de l'armée, qui l'a transmis au Tribunal militaire de cassation comme objet de sa compétence.

Considérant en droit :

1.

Le requérant a procédé en allemand. Il convient de préciser ce qui suit au sujet de la langue de la procédure.

La Procédure pénale militaire (PPM) ne règle pas de manière explicite la langue des mémoires et de la procédure devant le Tribunal militaire de cassation. D'autres lois fédérales prévoient en revanche des règles précises en la matière. Ainsi, en particulier, l'art. 42 al. 1 de la Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) dispose-t-il que les mémoires doivent être rédigés dans une langue officielle. L'art. 54 al. 1 LTF précise pour sa part que la procédure est conduite dans l'une des langues officielles (allemand, français, italien, rumantsch grischun), en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Si les parties utilisent une autre langue officielle, celle-ci peut être adoptée.

En l'espèce, il se justifie d'appliquer par analogie l'art. 54 al. 1 LTF. Dès lors que l'ordonnance de condamnation à la base de la présente procédure est rédigée en français, il y a lieu d'en faire de même pour le présent arrêt.

2.

Le courrier adressé en date du 4 février 2024 par X._____ au chef de l'armée et transmis au Tribunal militaire de céans comporte une demande de révision de l'ordonnance de condamnation de l'Auditeur de la Région d'auditeurs 1 du 16 janvier 2023.

2.1 Selon l'art. 200 al. 1 let. a PPM, la révision d'une ordonnance de condamnation ou d'un jugement exécutoire peut être demandée lorsqu'il existe des faits ou des preuves dont le juge n'avait pas connaissance lors du procès antérieur et qui sont de nature, à eux seuls ou en relation avec les faits constatés auparavant, à provoquer soit l'acquittement du condamné ou la fixation à son égard d'une peine notablement moins sévère, soit la condamnation de l'accusé acquitté, soit une condamnation pour une infraction plus grave.

Conformément à l'art. 202 let. b PPM, le condamné a qualité pour demander la révision. L'art. 203 PPM précise en outre que la demande de révision doit être déposée par écrit auprès du Tribunal militaire de cassation (al. 1) et doit indiquer les motifs de la révision et les preuves à l'appui (al. 2).

2.2 En l'espèce, il sied en préambule de relever que la première conclusion prise par le demandeur en révision vise la décision de retrait du permis de conduire de l'OCRNA du 25 janvier 2024 et non l'ordonnance de condamnation litigieuse. Dite conclusion s'avère par conséquent irrecevable devant le Tribunal militaire de cassation. En préambule toujours, on peut également relever que le demandeur en révision a manqué de plus d'un an le délai de la voie de droit ordinaire pour contester une ordonnance de condamnation, à savoir le délai de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance en cause pour former opposition contre celle-ci (cf. art. 122 CPM).

2.3 En tant que le demandeur en révision semble se prévaloir de l'art. 200 al. 1 let. a PPM et invoquer des faits ou des preuves qui auraient été ignorés par l'Auditeur dans son ordonnance, il convient de relever ce qui suit.

2.3.1 Selon la jurisprudence du Tribunal militaire de cassation, le fait ou le moyen de preuve invoqué en révision doit être non seulement nouveau – en ce sens qu'il existait déjà lorsque l'arrêt a été rendu, mais qu'il n'a pas été porté à la connaissance du juge –, mais il doit aussi être pertinent, c'est-à-dire de nature à entraîner une modification du dispositif de la décision entreprise. En d'autres termes, il faut que le jugement dont la révision est demandée apparaisse affecté d'une erreur sur les faits, en ce sens que le juge, s'il avait eu connaissance du fait ou du moyen de preuve invoqué en révision, aurait rendu, selon toute vraisemblance, une décision différente (ATMC 13 n° 35 consid. 2.1; 13 n. 8 consid. 2a ; 12 n° 1 consid. 2a ; 11 n° 25, consid. 2 *in fine*).

Un jugement exécutoire ou une ordonnance de condamnation ne saurait être annulé à la légère suite à une demande de révision. Bien au contraire, les juges de la révision ne doivent y accéder que s'ils sont convaincus que le précédent jugement – respectivement l'ordonnance de condamnation – devra selon toute vraisemblance être modifié en vertu du nouvel état de fait ou de la nouvelle preuve administrée. La simple possibilité ou une faible vraisemblance que le précédent jugement puisse s'avérer erroné ne suffit pas (ATMC 13 n° 35 consid. 2.1; 13 n° 8 consid. 2a ; 12 n° 32 consid. 2b ; 12 n° 16 consid. 2 ; 12 n° 11 consid. 2a). Seule l'existence de faits nouveaux, et non une autre appréciation des faits ou une appréciation juridique différente, peut être un motif de révision (ATMC 10 n° 38, cons. 3b). Une simple erreur de droit ou un changement de jurisprudence ne suffisent pas à fonder une reprise de la procédure ; cela vaut également lorsqu'il est reproché au juge d'avoir mal évalué des éléments dont il avait connaissance (ATMC 4 n° 103 consid. C ; 11 n° 38 consid. 2 ; THOMAS FINGERHUTH, in: WEHRENBURG *et alii* [éd.], Kommentar MStP, Berne 2008, n°8 ad art. 200 PPM ; MARIANNE HEER/JACQUELINE COVACI, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3^e éd. 2023, n° 3, 37 et 51 ad art. 410 CPP : "*Eine bloss andere Würdigung einer unveränderten Beweislage kann nach der Rechtskraft des Urteils grundsätzlich nicht erneut thematisiert werden*"; GÉRARD PIQUEREZ, Traité de procédure pénale suisse,

2e éd. 2006, n. 1275 : "*l'inobservation de la loi, la violation d'une règle de procédure au cours du premier procès, le fait que l'instruction de celui-ci a comporté des lacunes, un reversement de jurisprudence ou l'appréciation personnelle ou la violation d'une règle essentielle de procédure ne constituent pas une erreur de fait*").

2.3.2 En l'espèce, le requérant s'en prend à l'appréciation d'une preuve, soit des enregistrements vidéo avec un téléphone portable, qu'il considère illicites. Il rappelle les événements du 3 mai 2022 et indique qu'après un entretien avant le déjeuner à la caserne de R. _____, la police militaire l'aurait interrogé à 14 heures et lui aurait montré des films pris avec le téléphone portable privé d'un des deux agents de la police militaire. Puis, le 23 novembre 2022, le juge d'instruction lui aurait posé des questions similaires à celles de la police militaire avant de lui montrer les vidéos. Le requérant s'oppose à l'utilisation des enregistrements, à son avis illégaux, en faisant valoir qu'ils seraient contraires à l'art. 4 al. 4 aLPD, selon lequel la collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée. Une autorité administrative, ajoute-t-il, serait obligée de réexaminer une décision définitive s'il existe un motif de révision, c'est-à-dire si le requérant invoque des faits ou des preuves nouveaux dont il n'avait pas connaissance lors de la première procédure ou qu'il ne pouvait pas invoquer à l'époque, que ce soit d'un point de vue factuel ou d'un point de vue juridique. Le requérant fait enfin valoir qu'il serait important qu'il puisse contester sa condamnation en faisant appel devant la première instance, afin de confirmer la pertinence des nouveaux faits qu'il a invoqués comme conditions préalables à la recevabilité de la demande de révision.

Par cette argumentation, le requérant n'invoque en réalité aucun fait nouveau ou aucune preuve nouvelle dont il n'avait pas connaissance au préalable. Sa démarche consiste à rediscuter, en vain, la légalité d'une preuve administrée par l'Auditeur. Or une telle critique est irrecevable, sachant qu'une demande de révision n'a pas pour but de permettre de revoir les moyens de preuve pris en considération dans le cadre de l'ordonnance de condamnation. Force est de rappeler, comme évoqué plus haut, que le demandeur en révision aurait eu le loisir de former opposition contre cette dernière et que le requérant aurait même pu contester les moyens de preuve en question déjà devant la police militaire et/ou le juge d'instruction.

Il s'ensuit que le moyen, qui ne repose sur aucun fait nouveau, doit être déclaré irrecevable.

3.

La requête de désignation d'un avocat d'office doit être rejetée (art. 204 PPM), dès lors que la demande de révision, fondée sur des motifs non pertinents, était vouée à l'échec dès le départ.

4.

En définitive, la demande de révision est irrecevable. Le demandeur en révision, qui succombe, supporte des frais réduits (art. 207 al. 3 PPM).

(939, 20 septembre 2024, X. contre Auditeur de la Région d'auditeurs 1)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

5

Beschwerderecht des Oberauditors bei Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften (Art. 185 Abs. 1 lit. c, 185 Abs. 2 und 186 Abs. 1 Satz 2 MStP); Verfahren gegen Abwesende (Art. 155 MStP); Vorladung durch öffentliche Bekanntmachung (Art. 125a MStP)

Der Oberauditor, der seine Legitimation auf Art. 186 Abs. 1 Satz 2 MStP stützt, kann mit seiner Kassationsbeschwerde gemäss Art. 185 Abs. 2 MStP grundsätzlich keine vom Vertreter der Anklage in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung nicht gerügten Verfahrensmängel vorbringen. Ausgenommen sind Fälle, in denen er zu Gunsten des Angeklagten Beschwerde führt, es sei denn, der von ihm angerufene Kassationsgrund im Sinne von Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP werde vom Angeklagten selbst erfolgreich geltend gemacht, so dass es keiner Intervention des Oberauditors bedarf (E. 3).

Grundvoraussetzung für die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens nach Art. 155 MStP ist die ordnungsgemässe Vorladung des Angeklagten. Vorladungen an Personen im Ausland sind unzulässig, auch wenn deren Anschrift bekannt ist. Eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nach Art. 125a MStP kommt generell erst dann in Betracht, wenn sämtliche zumutbaren Nachforschungsbemühungen zur Ermittlung des Aufenthaltes oder der Adresse in der Schweiz erfolglos geblieben sind. Vorliegend wurde offengelassen, ob die Nachforschungsbemühungen der Vorinstanz zur Ermittlung des Aufenthaltes des Beschuldigten oder seiner Adresse in der Schweiz als ausreichend erachtet werden können, da die öffentliche Bekanntmachung an schweren formellen Mängeln leidet und nicht mehr von einer gültigen Vorladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung gesprochen werden kann (E. 4).

Droit de l'auditeur en chef de se pourvoir en cassation en cas de violation de dispositions essentielles de la procédure (art. 185 al. 1 let. c, 185 al. 2 et 186 al. 1 2ème phrase PPM) ; procédure par défaut (art. 155 PPM) ; citation par publication officielle (art. 125a PPM)

L'auditeur en chef, dont la légitimation repose sur l'art. 186 al. 1 2ème phrase PPM, ne peut en principe se plaindre, dans son pourvoi en cassation selon l'art. 185 al. 2 PPM, de violations procédurales qui n'auraient pas été dénoncées par le représentant de l'accusation lors des débats de l'autorité précédente. Font exception les cas où il se pourvoit en cassation en faveur de l'accusé, à moins que le motif de cassation – au sens de l'art. 185 al. 1 let. c PPM – qu'il invoque soit soulevé avec succès par l'accusé lui-même, de sorte qu'une intervention de l'auditeur en chef n'est pas nécessaire (consid. 3).

La condition de base pour la mise en œuvre de la procédure par défaut selon l'art. 155 PPM est la convocation en bonne et due forme de l'accusé. Les citations adressées à des personnes à l'étranger ne sont pas admissibles, même si l'adresse de celles-ci est connue. Une notification par publication officielle au sens de l'art. 125a PPM n'entre généralement en ligne de compte que si tous les efforts qui peuvent être raisonnablement exigés pour la recherche du lieu de séjour ou de l'adresse en Suisse sont restés vains. En l'espèce, la question de savoir si les efforts de l'autorité précédente pour déterminer le lieu de séjour de l'accusé ou son adresse en Suisse peuvent être considérés comme suffisants est laissée ouverte, car la publication officielle présentait de graves défauts formels, de sorte que l'on ne peut plus parler d'une citation valable de l'accusé aux débats (consid. 4).

Diritto di ricorso dell'uditore in capo in caso di violazione di essenziali disposizioni procedurali (art. 185 cpv. 1 lett. c, 185 cpv. 2 e 186 cpv. 1 seconda frase PPM); procedura contumaciale (art. 155 PPM); citazione mediante pubblicazione (art. 125a PPM)

L'uditore in capo, la cui legittimazione poggia sull'art. 186 cpv. 1 seconda frase PPM, con il suo ricorso per cassazione giusta l'art. 185 cpv. 2 PPM di principio non può addurre irregolarità procedurali che non sono state censurate dal rappresentante dell'accusa durante il dibattimento dinanzi all'autorità precedente. Sono riservati i casi in cui egli presenta ricorso in favore dell'accusato, salvo che il motivo di cassazione ai sensi dell'art. 185 cpv. 1 lett. c PPM da lui invocato sia già stato fatto valere con successo dallo stesso accusato, di modo che un intervento dell'uditore in capo non sia necessario (consid. 3).

Condizione fondamentale per lo svolgimento di una procedura contumaciale secondo l'art. 155 PPM è la debita citazione dell'accusato. Le citazioni di persone all'estero sono escluse, anche quando il loro indirizzo è conosciuto. Una notifica mediante pubblicazione secondo l'art. 125a PPM entra generalmente in considerazione unicamente quando i ragionevoli sforzi compiuti per determinare la dimora o l'indirizzo in Svizzera sono rimasti infruttuosi. Nel caso di specie, la questione a sapere se l'istanza precedente ha compiuto sforzi sufficienti per determinare la dimora dell'imputato o il suo indirizzo in Svizzera è stata lasciata aperta, ritenuto che la pubblicazione presentava gravi lacune formali, motivo per cui non si era più in presenza di una valida citazione dell'accusato al dibattimento (consid. 4).

Sachverhalt:

A.

a) Sdt A. _____ rückte 2018, 2020, 2021 und 2022 nicht in den ADF ein. Zum ADF 2019 liegen widersprüchliche Angaben vor. Laut dem Kdt der Einteilungseinheit ist der Angeklagte zu diesem Dienst nicht eingerückt, wogegen das (Personalinformationssystem der Armee und des Zivilschutzes) PISA 19 geleistete Dienstage ausweist.

b) Mit Anklageschrift vom 11.05.2023 überwies der Auditor den Angeklagten dem Militärgericht 2 zur Bestrafung wegen Militärdienstverweigerung i.S.v. Art. 81 Abs. 1 lit. b MStG sowie zum Widerruf von zwei bedingten Geldstrafen gemäss Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 16.03.2018 und der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft vom 16.08.2018.

c) Das Militärgericht 2 sprach den Angeklagten am 20.10.2023 in sämtlichen Anklagepunkten, insbesondere auch betreffend das Nichteinrücken in den ADF 2019, schuldig. Es verurteilte ihn in Abwesenheit zu einer (vollziehbaren) Freiheitsstrafe von 120 Tagen und schloss ihn aus der Armee aus. Auf den Widerruf der bedingt vollziehbaren Vorstrafen verzichtete es.

B.

a) Gegen das Urteil des Militärgerichts 2 meldeten die Verteidigerin des Angeklagten und der Oberauditor am 24.10.2023 bzw. am 16.01.2024 Kassationsbeschwerden an.

b) Die Verteidigerin des Angeklagten und der Oberauditor haben gegenseitig auf Vernehmlassung zur Kassationsbeschwerde verzichtet. Der Präsident des Militärgerichts 2 hat sich zu den Beschwerden nicht vernehmen lassen.

Erwägungen:

1.

a) Gegen Abwesenheitsurteile der Militärgerichte ist die Kassationsbeschwerden zulässig (Art. 184 Abs. 1 lit. c MStP). Der Angeklagte und der Oberauditor sind beschwerdeberechtigt (Art. 186 Abs. 1 MStP). Das Militärkassationsgericht ist zur Behandlung der Beschwerden zuständig (Art. 13 MStP).

b) Die unzutreffende Bezeichnung des Rechtsmittels als "Appellation" durch die Verteidigerin des Angeklagten schadet nicht (Komm. MStP/BOPP, Art. 187 bis 189 N 3). Die Rechtsmittel-erklärung der Verteidigerin vom 24.10.2023 bezieht sich eindeutig auf das ihren Mandanten betreffende Urteil des Militärgerichts 2 vom 20.10.2023, und innert der vom Oberauditorat am 22.12.2023 angesetzten Frist korrigierte die Verteidigerin die falsche Rechtsmittelbezeichnung.

c) Gemäss Art. 187 Abs. 1 MStP setzt der Präsident des Gerichts dem Beschwerdeführer unter Zustellung des begründeten Urteils eine Frist von 20 Tagen zur schriftlichen Begründung.

Die Instruktion des Verfahrens der Kassationsbeschwerde erfolgt somit zunächst durch den Präsidenten der Vorinstanz. Nach dem klaren Wortlaut der zitierten Bestimmung löst nicht die Zustellung des begründeten Urteils, sondern die Aufforderung des Präsidenten zur Begründung der Beschwerde die 20-Tages-Frist aus. Im Fall des Angeklagten erübrigte sich eine Fristansetzung, weil dessen Verteidigerin von der Zustellung des begründeten Urteils am 03.01.2024 als fristauslösendem Ereignis ausging. Die Begründung der Beschwerde des Oberauditors erfolgte innert der vom Präsidenten des Militärgerichts 2 gesetzten Frist.

d) Die rechtzeitig erhobenen und fristgerecht begründeten Beschwerden erfüllen somit die Eintretensvoraussetzungen der Kassationsbeschwerde.

2.

a) Das Militärkassationsgericht ist an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden (Art. 189 Abs. 2 MStP). Es gilt das qualifizierte Rügeprinzip, wobei das Militärkassationsgericht bei Beschwerden, die sich auf Art. 185 Abs. 1 lit. d bis f MStP stützen, nicht an die Begründung des Rechtsmittels gebunden ist (Art. 189 Abs. 3 und 4 MStP).

b) Die beiden Beschwerden werfen im Wesentlichen dieselben Rechtsfragen auf. Beanstandet wird die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens, die Verurteilung des Angeklagten zu einer unbedingten Freiheitsstrafe, sein Ausschluss aus der Armee sowie die Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo".

3.

a) Gemäss Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP ist die Kassation auszusprechen, wenn während der Hauptverhandlung wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt worden sind, sofern dem Beschwerdeführer dadurch ein Rechtsnachteil entstanden ist. Aus diesem Grund kann die Kassation nur verlangt werden, wenn die Partei während der Hauptverhandlung einen entsprechenden Antrag gestellt oder den Mangel gerügt hat (Art. 185 Abs. 2 MStP).

b) Beide Beschwerdeführer halten dafür, dass gegen den Angeklagten nicht in Abwesenheit hätte verhandelt werden dürfen (Art. 155 MStP). Nach Auffassung des Oberauditors soll in Fällen, in denen der Tatbestand der Militärdienstverweigerung i.S.v. Art. 81 Abs. 1 MStG angeklagt, strittig und gerichtlich zu beurteilen ist und eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen werden soll, die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens generell ausgeschlossen sein. Für eine Verurteilung des Angeklagten wegen Militärdienstverweigerung hätten der Vorinstanz die notwendigen Informationen gefehlt. Aufgrund der Beweislage hätte nur auf ein mehrfaches, allenfalls fahrlässig begangenes Militärversäumnis erkannt

werden können. Für einen Schuldspruch im Sinne der Anklage sei die Anwesenheit des Angeklagten unerlässlich.

Auch die Verteidigerin weist auf die Unerlässlichkeit der persönlichen Anwesenheit des Angeklagten hin. Dieser habe in der Befragung zur Sache durch den Untersuchungsrichter von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht. In subjektiver Hinsicht seien weder Vorsatz noch Verweigerungsabsicht des mutmasslich im Ausland lebenden Angeklagten erstellt. Zum Nichteintrücken in den ADF 2020 sowie zur Dispensation von der Schiesspflicht 2022 habe der Angeklagte nie Stellung nehmen können. Die Vorinstanz hätte deshalb nicht in seiner Abwesenheit verhandeln dürfen.

In erster Linie rügt die Verteidigerin jedoch, dass der Angeklagte nicht ordnungsgemäss vorgeladen worden sei und das Abwesenheitsverfahren bereits aus diesem Grund nicht hätte zur Anwendung gelangen dürfen. Zu Unrecht habe die Vorinstanz die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung als gegeben erachtet. Eine solche dürfe nur dann erfolgen, wenn alle zumutbaren Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Angeklagten erfolglos geblieben seien. Der Vorinstanz wäre es zuzumuten gewesen, vor der öffentlichen Bekanntmachung beim Bruder des Angeklagten Erkundigungen über dessen Aufenthalt einzuholen. Zudem sei die öffentliche Bekanntmachung falsch vorgenommen worden. Inhaltlich genüge die Publikation vom 21.08.2023 den gesetzlichen Anforderungen nicht. Es fehlten die Uhrzeit und die Adresse des Obergerichts des Kantons Zürich. Diese Angaben müssten sich aus der Vorladung selbst ergeben.

c) Wie erwähnt muss die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften i.S.v. Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP bereits in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung gerügt worden sein, damit das Militärkassationsgericht auf eine diesbezügliche Rüge überhaupt eintreten kann. Die Verteidigerin hat die ihres Erachtens unzulässige öffentliche Vorladung des Angeklagten bereits am 17.10.2023 (pag. 6.055 ff.) und während der Hauptverhandlung vom 20.10.2023 erneut moniert (pag. 6.068 f). Auf ihre Rügen im Zusammenhang mit der Durchführung des Abwesenheitsverfahrens nach Art. 155 MStG ist somit einzutreten.

Der Auditor hat sich am 18.10.2023 (pag. 6.063 f.) und auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 20.10.2023 gegen die von der Verteidigerin des Angeklagten beantragte Verschiebung der Hauptverhandlung und für die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens ausgesprochen (pag. 6.069). Die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung seien gegeben gewesen. Der Angeklagte habe sich ausdrücklich geweigert, eine Korrespondenzadresse in der Schweiz zu bezeichnen. Weitere Nachforschungen zu seinem Aufenthaltsort durch verschiedene Behörden seien erfolglos geblieben. Es sei – so der Auditor – davon auszugehen, dass sich der Bruder des Angeklagten nicht zum Aufenthaltsort des Angeklagten äussern würde. Die fehlenden Angaben in der öffentlichen Bekanntmachung hätten durch den Angeklagten leicht beim Obergericht oder beim Oberauditorat in Erfahrung gebracht werden können.

d) Der Oberauditor hält dafür, dass die Einschränkung von Art. 185 Abs. 2 MStP für ihn nicht gelte und die Zustimmung des Auditors zur Durchführung des Abwesenheitsverfahrens anlässlich der Hauptverhandlung vom 20.10.2023 für ihn aus diesem Grund nicht bindend sei.

Dieser Auffassung kann sich das Militärkassationsgericht nicht anschliessen. Auch im Militärstrafprozess gilt der Grundsatz des fairen und gerechten Verfahrens, der sich aus Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt. Aus ihm folgt der Grundsatz der Waffengleichheit, der wiederum besagt, dass der Beschuldigte im Strafverfahren dem Ankläger möglichst gleichgestellt sein soll und "gleich lange Spiesse" haben müsse wie dieser.

Sinn und Zweck von Art. 185 Abs. 2 MStP ist, dass verfahrensrechtliche Rügen sofort erhoben werden und nicht erst, wenn der Ausgang des Verfahrens feststeht. Die Obliegenheit zur sofortigen Geltendmachung von Verfahrensmängeln folgt nicht nur aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, sondern ist auch aus prozessökonomischen Gründen zur Vermeidung von verfahrensmässigen Leerläufen geboten. Diesen Grundsätzen würde es zuwiderlaufen, wenn dem Oberauditor das Recht zustünde, vom Vertreter der Anklage in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung nicht gerügte Verfahrensmängel erst mit seiner Kassationsbeschwerde vorzubringen. Diese Möglichkeit hat der Angeklagte nicht, womit das Prinzip der gleich langen Spiesse verletzt wäre.

e) Gemäss Art. 16 Abs. 2 MStP überwacht der Oberauditor die Tätigkeit der Auditoren und Untersuchungsrichter. Will er eine Änderung der Rechtsprechung herbeiführen, in casu zur Zulässigkeit des Abwesenheitsverfahrens bei nichtgeständigen Militärdienstverweigerern, soll dies in erster Linie über die die Anklage vertretenden Auditoren erfolgen. Diese entsprechend zu instruieren, liegt im Kompetenzbereich des Oberauditors.

Die Beschwerdebefugnis gemäss Art. 186 Abs. 1 Satz 2 MStP ist eine Besonderheit des Militärstrafprozesses. Eine Ausdehnung ihres Anwendungsbereiches durch eine extensive Auslegung von Art. 185 Abs. 2 MStP, wie sie der Oberauditor für sich beansprucht, ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt. Dies gilt allerdings nicht in Fällen, in denen der Oberauditor zu Gunsten des Angeklagten Beschwerde führt (vgl. MKGE 14 Nr. 22 E. 1, Nr. 23 E. 1 und Nr. 24 E. 3b), es sei denn, die vom Oberauditor gerügte Verletzung von Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP werde vom Angeklagten selbst erfolgreich geltend gemacht, so dass es keiner Intervention des Oberauditors bedarf.

4.

a) Grundvoraussetzung für die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens ist die ordnungsgemässe Vorladung des Angeklagten. Gemäss Art. 125a Abs. 1 MStP erfolgt die Zustellung der Vorladung durch Veröffentlichung im Bundesblatt (Handbuch für die Angehörigen der Militärjustiz, Regl. 67.030, Ziff. 159), wenn: a. der Aufenthaltsort des Angeklagten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann; b. eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre;

c. der Angeklagte oder sein Rechtsbeistand mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthaltsort im Ausland kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat.

b) Wie im bürgerlichen Recht ist die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nach Art. 125a MStP eine subsidiäre, fiktive Form der gerichtlichen Zustellung, wenn eine Vorladung nicht gemäss Art. 51 Abs. 2 MStP zugestellt werden kann. Zulässig ist die Publikation der Vorladung nur in den drei vorgenannten Fällen, welche alternativ zur Anwendung kommen.

c) Die aktuell einzig bekannte Adresse des Angeklagten wurde von der Militärpolizei anlässlich der vorläufigen Festnahme am 21.10.2022 aufgenommen. Sie lautet: _____ (pag. 2.002), _____ Niederlande.

d) Vorladungen an Personen im Ausland sind unzulässig, auch wenn deren Anschrift bekannt ist (Komm. MStP/LEBER, Art. 51 N 11). Möglich ist lediglich eine Zustellung informationshalber durch die schweizerische Vertretung vor Ort (LEBER, a.a.O.). Ein Zustelldomizil in der Schweiz hat der Angeklagte nicht bezeichnet (pag. 3.022). Die Voraussetzungen von Art. 125a Abs. 1 lit. c MStP für die Vorladung des Angeklagten durch Publikation im Bundesblatt sind damit grundsätzlich erfüllt.

Die Verteidigerin des Angeklagten macht allerdings zu Recht geltend, dass eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung generell erst in Betracht kommt, wenn sämtliche zumutbaren Nachforschungsbemühungen zur Ermittlung des Aufenthaltes oder der Adresse in der Schweiz erfolglos geblieben sind. Die öffentliche Bekanntmachung muss das letzte Mittel bleiben. Ob zusätzliche Abklärungen zum Erfolg führen, lässt sich im Voraus naturgemäss nicht sagen. Für die Zumutbarkeit genügt indes bereits die Möglichkeit, dass sie zur Ermittlung des Aufenthaltes oder der Adresse des Angeklagten führen können.

Vorliegend hätte die Vorinstanz den Bruder des Angeklagten in ihre Nachforschungen einbeziehen können. Seine Adresse ist bekannt, und offenbar steht er mit seinem Bruder auch in Kontakt. Allein die Möglichkeit, dass sich der Bruder des Angeklagten auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, hindert die Vorinstanz nicht daran, sich bei ihm und auch bei den Eltern des Angeklagten nach dessen Aufenthaltsort in der Schweiz zu erkundigen.

Ob die Nachforschungsbemühungen der Vorinstanz zur Ermittlung des Aufenthaltes des Beschuldigten oder seiner Adresse in der Schweiz vor diesem Hintergrund als ausreichend angeschaut werden können, braucht jedoch mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen hier nicht abschliessend beurteilt zu werden.

e) Für die Vorladung des Angeklagten mittels öffentlicher Bekanntmachung enthält das Handbuch für die Angehörigen der Militärjustiz (Regl. 67.030) klare Vorgaben (S. 140):

Reglement 67.030 d Handbuch für die Angehörigen der Militärjustiz

Anhang B 18

Vorladung (Bundesblatt) (Ziff. 159)

Vorladung
(BBl 2009 2183)

Stellpfl ..., geb. ..., wohnhaft in ..., nicht eingeteilt, AHV-Nr. ..., wird hiermit aufgefordert, sich wegen Militärdienstversäumnis und Widerruf betreffend Strafe gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft ... vom ... zu verantworten und als Angeklagter am ..., in ..., Kantonsgericht, ..., zur Hauptverhandlung des Militärgerichts 6 zu erscheinen.

Falls der Angeklagte dieser öffentlichen Vorladung nicht Folge leistet, wird gemäss Artikel 155 Militärstrafprozess das Verfahren gegen Abwesende durchgeführt.

31. März 2009

Militärgericht 6:
Der Präsident

Diesen Anforderungen genügt die von der Vorinstanz am 21.08.2023 im Bundesblatt publizierte Vorladung (pag. 6.020) nicht vollumfänglich. Konkret fehlen die Einteilung des Angeklagten, seine Versicherungsnummer, die Zeit des Verhandlungsbeginns und die Adresse des Obergerichts Zürich. Die Bezeichnung der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat ist ungenau. Die Vorstrafen, über deren Widerruf am 20.10.2023 verhandelt wurde, sind nicht aufgeführt, und es wurde in der Vorladung eine falsche Adresse (_____ 36 statt 33) angegeben, an die offensichtlich keine an den Angeklagten gerichtete Post zugestellt werden kann (pag. 6.058). Insgesamt wiegen die formellen Mängel der öffentlichen Bekanntmachung vom 21.08.2023 so schwer, dass nicht mehr von einer gültigen Vorladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung vom 20.10.2023 gesprochen werden kann. Der angefochtene Entscheid ist deshalb bereits aus diesem Grund aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Angeklagte zur Hauptverhandlung des Militärgerichts 2 vom 20.10.2023 nicht gültig vorgeladen war und damit der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP erfüllt ist. Die Kassationsbeschwerde des Angeklagten ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, das Urteil des Militärgerichts 2 vom 20.10.2023 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kassationsbeschwerde des Oberauditors ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Der Bund trägt die Gerichtskosten (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 MStP).

(MKG 940, 21. Juni 2024, Angeklagter und Oberauditor gegen Militärgericht 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

6

Art. 157 und 159a MStG; Art. 46 Abs. 4 Satz 1, 149 Abs. 1, 185 Abs. 1 Bst. d und f, 187 Abs. 1 MStP; Ausnützung der militärischen Stellung, sexuelle Belästigung, leichter Fall, Kassationsgründe der Verletzung des Strafgesetzes und der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung, Rechtsnatur der Frist zur Begründung der Kassationsbeschwerde (Kassationsbeschwerde des Auditors)

Die gemäss Art. 187 Abs. 1 MStP nach Eingang der Anmeldung der Kassationsbeschwerde gesetzte Frist von 20 Tagen zur schriftlichen Begründung ist eine gesetzliche Verwirkungsfrist, die nicht erstreckbar ist (E. 1b).

Eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung im Sinne des Kassationsgrunds von Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP führt erst dann zur Aufhebung des Urteils, wenn ein Einfluss der falschen Feststellungen auf das Urteil glaubhaft gemacht werden kann. Erforderlich ist mithin, dass sich der Mangel auf den Entscheid ausgewirkt hat, wobei sich eine Aufhebung einzig rechtfertigt, wenn das Urteil auch im Ergebnis willkürlich ist (E. 2b).

Der Tatbestand der Ausnützung der militärischen Stellung schützt zum einen die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung und zum anderen die militärische Disziplin und Ordnung und damit die Aufrechterhaltung eines effizienten und störungsfreien Dienstbetriebes (E. 3d).

Als sexuelle Handlungen gelten generell sämtliche Verhaltensweisen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild eindeutig sexualbezogen sind. Die Einwirkungen des Angeklagten vermögen den geforderten Erheblichkeitsgrad von sexuellen Handlungen im Sinne von Art. 157 MStG insgesamt zu erreichen (E. 4a).

Eine Ausnützung der militärischen Stellung setzt voraus, dass die geschädigte Person die sexuelle Handlung einzig wegen der militärischen Stellung des Täters vornimmt oder duldet. Diese muss mit anderen Worten kausal dafür sein, dass der Täter die sexuellen Handlungen überhaupt erlangt (Motivationszusammenhang in casu verneint; E. 4c).

Bei der Beurteilung, ob ein leichter Fall einer sexuellen Belästigung vorliegt, sind unter anderem die Intensität der Beeinträchtigung der in Frage stehenden Rechtsgüter und die subjektive Betroffenheit der geschädigten Person zu berücksichtigen (E. 5b und c).

Vorliegend liegt bei einer Gesamtbetrachtung kein leichter Fall einer sexuellen Belästigung vor. Die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung erscheint nicht mehr als

geringfügig, zumal mehrere nicht einvernehmliche Berührungen in Frage stehen und die Geschädigte durch den Vorfall während einer längeren Zeit gesundheitlich belastet war (E. 5c und d).

Art. 157 et 159a CPM ; art. 46 al. 4 1ère phrase, 149 al. 1, 185 al. 1 let. d et f, 187 al. 1 PPM ; exploitation d'une situation militaire, désagréments d'ordre sexuel, cas de peu de gravité, motifs de cassation relatifs à une violation de la loi pénale et à l'établissement arbitraire des faits, nature juridique du délai pour motiver le pourvoi (pourvoi en cassation de l'auditeur)

Le délai de 20 jours, fixé par l'art. 187 al. 1 PPM, pour motiver par écrit le pourvoi après l'annonce du pourvoi en cassation, est un délai légal de péremption, qui ne peut être prolongé (consid. 1b).

Un établissement arbitraire des faits au sens du motif de cassation de l'art. 185 al. 1 let. f PPM n'entraîne l'annulation du jugement que si une influence des constatations erronées sur la décision peut être rendue vraisemblable. Il faut que le manquement ait produit un effet sur le jugement. Une annulation ne se justifie donc que si la décision est également arbitraire dans son résultat (consid. 2b).

L'infraction d'exploitation d'une situation militaire protège, d'une part, la liberté d'autodétermination sexuelle et, d'autre part, la discipline et l'ordre militaires, et donc le maintien d'une marche du service efficace et exempte de perturbations (consid. 3d).

Sont généralement considérés comme des actes d'ordre sexuel tous les comportements qui, de par leur apparence extérieure, sont clairement liés au sexe. Les agissements de l'accusé, pris dans leur ensemble, atteignent le degré de gravité d'actes d'ordre sexuel au sens de l'art. 157 CPM (consid. 4a).

L'exploitation d'une situation militaire suppose que la personne lésée commette ou tolère l'acte d'ordre sexuel uniquement en raison de la situation militaire de l'auteur. En d'autres termes, celle-ci doit être un facteur causal pour que l'auteur obtienne les actes d'ordre sexuel (facteur causal nié in casu ; consid. 4c).

Pour déterminer si l'on est en présence d'un cas de désagréments d'ordre sexuel de peu de gravité, il faut notamment tenir compte de l'intensité de l'atteinte aux biens juridiques en question ainsi que du ressenti subjectif de la personne lésée (consid. 5b et c).

En l'occurrence, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il ne s'agit pas d'un cas de désagréments d'ordre sexuel de peu de gravité. L'atteinte à l'autodétermination sexuelle n'apparaît plus comme minime, d'autant que plusieurs attouchements non consentis sont en cause et que l'incident a affecté la santé de la victime pendant une longue période (consid. 5c et d).

Art. 157 e 159a CPM; art. 46 cpv. 4 prima frase, 149 cpv. 1, 185 cpv. 1 lett. d e f, 187 cpv. 1 PPM; abuso della posizione militare, molestia sessuale, caso poco grave, motivi di cassazione della violazione della legge penale e dell'accertamento arbitrario dei fatti, natura giuridica del termine per motivare il ricorso per cassazione (ricorso per cassazione dell'uditore)

Il termine di 20 giorni per la motivazione scritta assegnato giusta l'art. 187 cpv. 1 PPM dopo la ricezione dell'annuncio del ricorso per cassazione è un termine legale di perenzione non prorogabile (consid. 1b).

Un accertamento arbitrario dei fatti ai sensi del motivo di cassazione di cui all'art. 185 cpv. 1 lett. f PPM comporta l'annullamento della sentenza unicamente se un'influenza degli accertamenti errati sulla sentenza possa essere resa verosimile. È quindi necessario che la lacuna abbia avuto un effetto sulla sentenza. Un annullamento si giustifica unicamente qualora la sentenza anche nel suo risultato sia arbitraria (consid. 2b).

Il reato di abuso della posizione militare tutela da un lato la libertà dell'autodeterminazione sessuale e dall'altro la disciplina e l'ordine militari e, in questo modo, il mantenimento di un andamento del servizio efficace e privo di perturbamenti (consid. 3d).

Quali atti sessuali valgono tutti i comportamenti che, secondo la loro impressione esterna, hanno un chiaro riferimento sessuale. I comportamenti dell'accusato raggiungono nel loro insieme un grado di rilevanza sufficiente per poter essere considerati atti sessuali ai sensi dell'art. 157 CPM (consid. 4a).

Un abuso della posizione militare presuppone che la parte lesa compia o tolleri l'atto sessuale unicamente a causa della posizione militare dell'autore. In altre parole, tale posizione deve essere causale per l'ottenimento di atti sessuali da parte dell'autore (rapporto motivazionale negato nel caso di specie; consid. 4c).

Nella valutazione circa l'esistenza di un caso poco grave di molestia sessuale, devono essere considerate tra le altre l'intensità della lesione dei beni giuridici coinvolti e quanto la parte lesa sia stata soggettivamente colpita (consid. 5b e c).

Nel caso di specie, una valutazione complessiva non permette di ammettere un caso poco grave di molestia sessuale. La lesione dell'autodeterminazione sessuale non risulta più esigua, ritenuto che si tratta di molteplici contatti non consensuali e che la parte lesa, a seguito del fatto, per un lungo periodo di tempo ne ha risentito fisicamente (consid. 5c e d).

Sachverhalt:

A.

Der Angeklagte war während (...) Kommandant der (...), die Geschädigte Zugführer in (...).

Am späten Abend des 11. Mai 2020 massierte der Angeklagte die Geschädigte in deren Zimmer in der Truppenunterkunft des (...) in (...) einvernehmlich am Rücken. Er berührte sie dabei am Gesäss, am Bauch und unterhalb der Brust. Die Geschädigte gab zu verstehen, dass sie mit diesen Handlungen nicht einverstanden sei. Der Angeklagte verliess in der Folge das Zimmer.

B.

Am 24. Juni 2020 ordnete der Kommandant der Logistikbrigade 1 eine vorläufige Beweisaufnahme gegen den Angeklagten wegen Verdachts auf unangebrachtes Verhalten gegenüber der Geschädigten an.

Gestützt auf den Schlussbericht des Untersuchungsrichters vom 30. Juli 2020 ordnete der Kommandant am 4. August 2020 die Eröffnung einer Voruntersuchung an.

C.

Mit Schreiben vom 2. August 2021 verzichtete die Geschädigte auf die Konstituierung als Privatklägerin.

D.

a) Mit Urteil vom 27. April 2022 sprach das Militärgericht 2 (nachfolgend: Mil Ger 2) den Angeklagten von den Vorwürfen der mehrfachen Ausnützung der militärischen Stellung gemäss Art. 157 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0), eventualiter der mehrfachen sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 159a MStG frei, wobei die Kosten des Verfahrens auf die Staatskasse genommen wurden.

b) Auf Appellation des Auditors hin sprach das Militärappellationsgericht 2 (nachfolgend: MAG 2) den Angeklagten mit Urteil vom 22. August 2023 in Bezug auf den Vorfall vom 11. Mai 2020 in S. vom Vorwurf der Ausnützung der militärischen Stellung und der sexuellen Belästigung frei. Das MAG 2 ging von einem leichten Fall der sexuellen Belästigung nach Art. 159a Abs. 2 MStG aus und belegte den Angeklagten mit einer Disziplinarbusse von Fr. 500.– (Dispositiv-Ziffern 2 und 3). (...)

Erwägungen:

1.

b) Nach rechtzeitiger Anmeldung der Kassationsbeschwerde wurde der amtlichen Verteidigerin mit Schreiben der Kanzlei des MAG 2 vom 16. Januar 2024 eine Frist von 20 Tagen für die schriftliche Begründung angesetzt. Dieses Schreiben ging bei der Rechtsvertreterin am 22. Januar 2024 ein, so dass die 20-tägige Frist unter Berücksichtigung des sonntäglichen 11. Februar 2024 am 12. Februar 2024 abgelaufen ist. Mit Eingabe vom 12. Februar 2024

ersuchte die Rechtsvertreterin um eine Fristerstreckung bis zum 4. März 2024, was ihr seitens des Präsidenten des MAG 2 mit Verfügung vom 15. Februar 2024 verweigert wurde.

Gemäss Art. 187 Abs. 1 MStP setzt der Präsident des Gerichts, das geurteilt hat, dem Beschwerdeführer nach Eingang der Anmeldung der Kassationsbeschwerde unter Zustellung des begründeten Urteils eine Frist von 20 Tagen zur schriftlichen Begründung. Es handelt sich um eine gesetzliche Verwirkungsfrist, die nicht erstreckbar ist (Art. 46 Abs. 4 Satz 1 MStP; vgl. MKGE 10 Nr. 62 E. 2; THEO BOPP, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, N 4 zu Art. 187-189 MStP).

Die Rechtsvertreterin des Angeklagten ist innerhalb dieser Frist ihrer Obliegenheit zur schriftlichen Beschwerdebeurteilung nicht nachgekommen. Das Recht des Angeklagten auf Erhebung einer Kassationsbeschwerde ist damit verwirkt. Die angemeldete Kassationsbeschwerde des Angeklagten ist deshalb zufolge Gegenstandslosigkeit von den Traktanden des Militärkassationsgerichts abzuschreiben. (...)

d) Der Beschwerde führende Auditor beruft sich hinsichtlich des angeklagten Vorfalls vom 11. Mai 2020 in S. auf die Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP (Verletzung des Strafgesetzes), Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP (Fehlen von hinreichenden Entscheidungsgründen) sowie Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP (Widerspruch wesentlicher tatsächlicher Feststellungen mit dem Ergebnis der Beweisverfahren).

Er rügt im Einzelnen, die Vorinstanz habe den Sachverhalt im relevanten Vorgeschehen unvollständig festgestellt (E. 2).

Zudem macht er eine Verletzung von Art. 157 MStG (Ausnützung der militärischen Stellung) geltend: im Gegensatz zur vorinstanzlichen Auffassung sei deren objektiver und subjektiver Tatbestand erfüllt (E. 3 und 4).

Schliesslich rügt der Auditor im Eventualstandpunkt eine unrichtige Anwendung von Art. 159a MStG (sexuelle Belästigung). Denn es liege entgegen der Vorinstanz kein leichter Fall nach Art. 159a Abs. 2 MStG vor (E.5). (...)

2.

a) Zwar anerkennt der Beschwerde führende Auditor ausdrücklich, dass das angefochtene Urteil den Sachverhalt des Vorfalls vom 11. Mai 2020 "im Kerngeschehen" zutreffend darstelle. Was das relevante Vorgeschehen angehe, habe das MAG 2 indessen nur unvollständig festgestellt, dass die mögliche Aspiration der Geschädigten zur – dem Angeklagten unterstellten – Kompaniekommandanten-Anwärterin zum Tatzeitpunkt im Raum gestanden sei. Diesen Umstand, der für die rechtliche Beurteilung als relevant erscheine, habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen.

b) Der vom Auditor in diesem Zusammenhang geltend gemachte Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung liegt nur vor, wenn wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis der Beweisverfahren widersprechen (Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP).

Eine dergestalt willkürliche Sachverhaltsfeststellung führt erst dann zur Kassation, wenn ein Einfluss der falschen Feststellungen auf das Urteil glaubhaft gemacht werden kann. Erforderlich ist mithin, dass sich der Mangel auf den Entscheid ausgewirkt hat, wobei sich eine Aufhebung einzig rechtfertigt, wenn das Urteil auch im Ergebnis willkürlich ist (vgl. MKGE 14 Nr. 28 E. 1e/aa; BOPP, a.a.O., N 50 f. zu Art. 185 MStP).

c) Die Rüge der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung erweist sich als unberechtigt. Zunächst erscheint es bereits als fraglich, einen Widerspruch "wesentlicher" tatsächlicher Urteilsfeststellungen mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens zu erkennen, wenn – wie in casu – der Beschwerdeführer explizit ausführt, das MAG 2 habe den Sachverhalt "im Kerngeschehen" korrekt festgehalten. Zudem unterlässt es der Auditor, konkret und substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die unvollständige Feststellung des von ihm geltend gemachten Vorgeschehens das Urteil tatsächlich beeinflusst hat und inwiefern dieses im Ergebnis willkürlich sein soll. Des Weiteren nimmt die vorinstanzliche Urteilsbegründung an verschiedenen Stellen einlässlich Bezug auf die Frage der Aspiration der Geschädigten zur Kompaniekommandanten-Anwärterin, so insbesondere bei der Wiedergabe der Aussagen der Geschädigten vor den Schranken des MAG 2 (Urteil MAG 2, Ziff. III E. 4.1.3) sowie bei der Würdigung des Anklagesachverhalts (Urteil MAG 2, Ziff. IV E. 1.1).

Dass die Vorinstanz die Aussage des Angeklagten, er habe der Geschädigten bereits vor dem 11. Mai 2020 mitgeteilt, dass ein Zuwarten mit der Aspiration als Kompaniekommandantin aufgrund ihrer damaligen Situation besser wäre, als nachvollziehbar qualifiziert (Urteil MAG 2, Ziff. IV E. 1.3), vermag den Vorwurf einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung ebenfalls nicht zu begründen.

3.

a) Der Ausnützung der militärischen Stellung im Sinne von Art. 157 MStG macht sich strafbar, wer unter Ausnützung seiner militärischen Stellung die Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung erlangt.

Gemäss dem Grundsatz der *lex mitior* ist dieser Tatbestand im vorliegenden Fall in seiner bis zum 30. Juni 2024 geltenden Fassung anwendbar (Art. 157 aMStG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 MStG). Demnach umfasst der vorliegend massgebende Strafrahmen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen. Demgegenüber sieht die seit dem 1. Juli 2024 geltende Fassung Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor (AS 2024 27).

Vorgänger dieser Strafbestimmung ist der Tatbestand der widernatürlichen Unzucht nach dem bis zum 30. September 1992 geltenden Art. 157 Ziff. 1 aMStG. Gemäss Art. 157 Ziff. 3 aMStG wurde insbesondere für denjenigen eine qualifizierte Strafandrohung in Aussicht gestellt, der "von einer Person gleichen Geschlechts durch den Missbrauch ihrer Notlage oder ihrer durch ein Amts- oder Dienstverhältnis oder auf ähnliche Weise, insbesondere durch die militärische Stellung, begründeten Abhängigkeit die Duldung oder die Vornahme unzüchtiger Handlungen erlangt". Das Tatbestandsmerkmal des "Missbrauchs" setzte objektiv voraus, dass sich das Opfer wegen seiner Abhängigkeit der Unzucht hergibt, und subjektiv, dass sich der Täter dessen bewusst ist und es zumindest in Kauf nimmt, d.h. in der Abhängigkeit ein

Mittel sieht, um die unzüchtigen Handlungen vornehmen zu können (vgl. KURT HAURI, Kommentar zum Militärstrafgesetz, 1983, N 8 zu Art. 157 MStG).

Der Bundesrat wollte ursprünglich die Strafbarkeit homosexueller Handlungen von Personen, die dem Militärstrafrecht unterstehen, beibehalten und schlug eine nur leicht geänderte Fassung von Art. 157 MStG mit dem Titel "Gleichgeschlechtliche Handlungen" vor. Als Ziffer 2 war die folgende Qualifikation vorgesehen: "Wer von einer Person gleichen Geschlechts unter Ausnützung seiner militärischen Stellung die Duldung oder Vornahme einer geschlechtlichen Handlung erlangt, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft" (vgl. Botschaft vom 26. Juni 1985 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, BBl 1985 II 1097, 1119).

In seinem heutigen Wortlaut wurde Art. 157 MStG im Rahmen des am 21. Juni 1991 von den Eidgenössischen Räten verabschiedeten und per 1. Oktober 1992 in Kraft gesetzten revidierten Sexualstrafrechts in das Militärstrafgesetz eingeführt (vgl. PHILIPP MAIER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N 1 ff. zu Vor Art. 187 StGB).

b) Mit Blick auf den unterschiedlichen Wortlaut von Art. 157 MStG im Vergleich zur früheren Qualifikation gemäss Art. 157 Ziff. 3 aMStG sowie zum Tatbestand der Ausnützung der Notlage oder Abhängigkeit gemäss Art. 193 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) rechtfertigt sich eine eigenständige Auslegung von Art. 157 MStG. Diese Norm stellt nach ihrem Wortlaut bereits die Erlangung der Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung "unter Ausnützung der militärischen Stellung" unter Strafe. Demgegenüber verlangte der auf gleichgeschlechtliche Handlungen beschränkte Art. 157 Abs. 3 aMStG – wie aufgezeigt – ausdrücklich den Missbrauch einer Notlage oder einer durch ein Amts- oder Dienstverhältnis oder auf ähnliche Weise, insbesondere durch die militärische Stellung, begründeten Abhängigkeit.

In ähnlicher Weise setzt der objektive Tatbestand von Art. 193 Abs. 1 StGB voraus, dass der Täter die Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung veranlasst, indem er "eine Notlage oder eine durch ein Arbeitsverhältnis oder eine in anderer Weise begründete Abhängigkeit" ausnützt. Solche Tatbestandselemente fehlen in Art. 157 MStG, weshalb sie zur Auslegung nicht herangezogen werden dürfen.

c) Demzufolge muss zur Erfüllung des objektiven Tatbestands von Art. 157 MStG weder eine Notlage noch eine irgendwie geartete Abhängigkeit zwischen den beteiligten Personen bestehen. Auch die Ausübung von Druck oder zumindest das Vorliegen von Druckversuchen braucht nicht notwendigerweise vorhanden zu sein. Vielmehr erweist es sich als ausreichend, die Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung "unter Ausnützung der militärischen Stellung" zu erlangen, ohne dass weitere Elemente hinzutreten müssen. Liegen solche vor, so sind sie allenfalls im Rahmen der Strafzumessung straf erhöhend zu berücksichtigen.

d) Bevor auf den vorliegenden Fall eingegangen wird, ist zu erörtern, welche Rechtsgüter Art. 157 MStG schützt. Diese Strafnorm ist Bestandteil des zwölften Abschnitts des Zweiten

Teils des MStG, der strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität umfasst. Bei den damit geschützten Interessen handelt es sich einerseits um die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung als elementares Persönlichkeitsrecht sowie andererseits um den Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung Minderjähriger (vgl. GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 8. Aufl. 2022, N 2 zu Vor § 7). Ungeachtet dieser systematischen Einordnung kommt Art. 157 MStG jedoch zusätzlich die essentielle Funktion zu, die militärische Disziplin und Ordnung zu schützen und damit die Aufrechterhaltung eines effizienten und störungsfreien Dienstbetriebes zu gewährleisten (vgl. Botschaft vom 26. Juni 1985 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, BBl 1985 II 1097, sowie die Voten der Ständeräte SCHMID, AUBERT und CAVELTY und das Votum von Bundesrätin KOPP anlässlich der ständerätlichen Beratung des revidierten Sexualstrafrechts vom 18. Juni 1987, in: Verhandlungsheft 85.047, Revision Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetzbuch, Strafbare Handlungen im Sexualbereich, hrsg. von den Parlamentsdiensten, 1992, S. 405 f.). Denn es liegt auf der Hand, dass sexuelle Beziehungen – namentlich wenn sie in einem Zusammenhang mit der militärischen Stellung einer der betroffenen Personen stehen – innerhalb der geschlossenen, nicht frei gewählten, streng hierarchisch strukturierten, hohe persönliche Anforderungen stellenden, sich oft auf engem Raum sowie in einfachen Verhältnissen vollziehenden militärischen Gemeinschaft geeignet sind, wesentliche Ziele der militärischen Ausbildung und Erziehung negativ zu beeinflussen. So können sexuelle Relationen dazu beitragen, die persönliche Glaubwürdigkeit und Vorbildfunktion der involvierten Armeeangehörigen zu beeinträchtigen, das Vertrauen in die Führung zu schwächen, Gerüchte und Konflikte entstehen zu lassen, den Zusammenhalt und die Leistungskraft der Truppe zu unterhöheln und damit die Leistungserfüllung sowie das Erreichen der vorgegebenen Ziele zu tangieren.

4.

a) Es ist zu beurteilen, ob die objektiven Tatbestandselemente der Ausnutzung der militärischen Stellung gemäss Art. 157 MStG erfüllt sind.

Gemäss den – insoweit verbindlichen (E. 2) – vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen bestehen keine ernsthaften und unüberbrückbaren Zweifel an den Schilderungen der Geschädigten über das Kerngeschehen vom 11. Mai 2020 (Urteil MAG 2, Ziff. IV E. 1.4).

Als erstes Element ist zu prüfen, ob von einer "sexuellen Handlung" auszugehen ist. Der Auditor führt dazu in seiner Kassationsbeschwerde aus, die Vorinstanz habe korrekt festgestellt, dass die in Frage stehenden Handlungen des Angeklagten sexueller Natur gewesen seien, wobei er auf Ziff. V E. 3.2.2 des Urteils des MAG 2 verweist (Kassationsbeschwerde, Ziff. 17). Dabei scheint der Auditor allerdings zu übersehen, dass die Vorinstanz unter dieser Ziffer im Rahmen der Prüfung eines anderen Straftatbestandes, nämlich jenes der sexuellen Belästigung gemäss Art. 159a MStG, zum Schluss gelangt ist, die betreffenden Handlungen seien als "Tätlichkeiten mit sexuellem Bezug" zu qualifizieren. Damit ist jedoch noch nicht rechtsgenügend konstatiert, ob auch eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 157 MStG vorliegt. Die Vorinstanz behandelt diese Thematik nicht und führt einzig aus, dass sich eine blosse Rückenmassage an sich noch nicht als sexuelle Handlung subsumieren lasse (Urteil MAG 2, Ziff. V E. 3.1.2).

aa) Als sexuelle Handlungen gelten generell sämtliche Verhaltensweisen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild eindeutig sexualbezogen sind. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum wird dabei die Auffassung vertreten, dass nur Handlungen erfasst sein sollten, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut "von einiger Erheblichkeit" seien (vgl. BGE 125 IV 58 E. 3b; STEFAN TRECHSEL/CARLO BERTOSSA, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, N 6 zu Art. 187 StGB, m.w.H.; a.M. WIPRÄCHTIGER, ZStrR 125/2007, 281 f.). Für die Beurteilung der Erheblichkeit seien die gesamten konkreten Begleitumstände massgebend, wie etwa die persönlichen Beziehungen der Beteiligten, das Alter des Opfers, der Altersunterschied zum Täter, die Dauer und Intensität der Einwirkung, der Ort des Geschehens, die Üblichkeit bzw. Alltäglichkeit der Handlung oder das Abwehrverhalten des Opfers (vgl. Urteil des BGer 6B_727/2013 vom 7. Oktober 2014 E. 3.3 f.; MAIER, a.a.O., N 33 zu Vor Art. 187 StGB; vgl. auch DANIEL JOSITSCH/MARTINA CONTE, Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen gegenüber Kindern, AJP 2017, 370).

bb) Zunächst ist im Einklang mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die eigentliche Rückenmassage nicht als sexuelle Handlung zu werten ist, zumal sie insbesondere gemäss den Aussagen der Geschädigten vor den Schranken des Mil Ger 2 einvernehmlicher Natur war (pag. 12/45). Als mögliche sexuelle Handlungen schilderte die Geschädigte, der Angeklagte habe den Rahmen der einvernehmlichen Rückenmassage insofern verlassen, als sie seine Hände "weiter unten" gespürt habe (pag. 9/31). Im Rahmen der Einvernahme vom 22. Juli 2020 zeigte die Geschädigte auf die obere Hälfte ihres Gesässes als betroffene Körperstelle, was fotografisch festgehalten wurde (pag. 9/36, 9/45; vgl. auch pag. 8/119 und 12/52). Zudem habe der Angeklagte sie umarmt, seine Hände unter ihrem Pullover gehabt und ihren Bauch gestreichelt (pag. 9/31 ff., 8/119). Schliesslich sagte die Geschädigte aus, der Angeklagte habe sie mit seinem Daumen unten an der Brust angefasst (pag. 9/35 f.), sie habe den Nagel seines Daumens – die Fingerspitze – am unteren Teil ihrer Brust gespürt (pag. 12/48, 12/50).

cc) Die von der Geschädigten zu Protokoll gegebenen Einwirkungen des Angeklagten vermögen unter den konkreten Umständen den geforderten Erheblichkeitsgrad von sexuellen Handlungen im Sinne von Art. 157 MStG insgesamt zu erreichen. In tatsituativer Hinsicht schildert die Geschädigte nicht nur eine singuläre Handlung, sondern gleich mehrere Berührungen in rascher Abfolge. Ort und Zeitpunkt des Geschehens – spätabends im persönlichen Zimmer einer Militärunterkunft und dort auf dem Bett der Geschädigten – sprechen ebenfalls für die Einstufung als sexuelle Handlung.

b) Als zweite Voraussetzung verlangt der objektive Tatbestand von Art. 157 MStG, dass der Täter "die Duldung" – die Vornahme scheidet in casu zum vornherein aus – einer sexuellen Handlung "erlangt". Die Kassationsbeschwerde äussert sich nicht zu dieser Problematik. Auch das Urteil des MAG 2 enthält hierzu keine Erwägungen. Da ohnehin nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 157 MStG gegeben sind (E. 4c), kann dieser Aspekt offengelassen werden.

c) Drittens erfordert die Anwendung von Art. 157 MStG, dass der Täter "unter Ausnützung seiner militärischen Stellung" handelt. Der Auditor bringt in seiner Kassationsbeschwerde vor,

dieses Element sei in casu erfüllt. Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Einschätzung, der nachgewiesene Sachverhalt stelle keine Ausnützung der militärischen Stellung dar (Urteil MAG 2, Ziff. V E. 3.1.2 und E. 3.1.3).

aa) Zur Interpretation des Begriffs der "Ausnützung" kann auf die Rechtsprechung und Lehre zur Strafnorm der Ausnützung einer Notlage oder Abhängigkeit nach Art. 193 Abs. 1 StGB zurückgegriffen werden. Demnach liegt eine solche Ausnützung nur dann vor, wenn ein Motivationszusammenhang besteht (statt vieler: TRECHSEL/BERTOSSA, a.a.O., N 3 zu Art. 193 StGB). Dies bedeutet bezogen auf Art. 157 MStG, dass die geschädigte Person die sexuelle Handlung einzig wegen der militärischen Stellung des Täters vornimmt oder duldet. Diese muss mit anderen Worten kausal dafür sein, dass der Täter die sexuellen Handlungen überhaupt erlangt (vgl. ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, 11. Aufl. 2018, S. 553; GUNHILD GODENZI, in: Wohlers/Goedenzi/Schlegel [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, N 6 zu Art. 193 StGB; ebenso die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 131 IV 114 E. 1; Urteile des BGer 6B_1076/2015 vom 13. April 2016 E. 2.1; 6B_1175/2017 vom 11. April 2018 E. 1.1; 6B_69/2018 vom 11. Juni 2018 E. 5.1; 6B_1083/2022 vom 24. April 2023 E. 2.3.1). Die Konstellation muss dergestalt erscheinen, dass die Geschädigte dem Ansinnen des Täters zwar ablehnend gegenübersteht, doch aufgrund seiner militärischen Stellung nicht zu widersprechen wagt oder sich entgegen inneren Widerständen zur sexuellen Handlung entscheidet, weil sie angesichts seiner militärischen Stellung kapituliert (vgl. MAIER, a.a.O., N 14 zu Art. 193 StGB).

bb) Unter Würdigung der konkreten Umstände kann nicht darauf geschlossen werden, dass die militärische Stellung des Angeklagten kausal für eine allfällige Duldung von sexuellen Handlungen seitens der Geschädigten war. So betonte diese bereits in der ersten Einvernahme vom 22. Juli 2020 ausdrücklich, die Stellung des Angeklagten als Vorgesetzter bzw. höherrangiger Offizier habe keinen Einfluss auf die Situation im Zimmer entfaltet; was passiert sei, "das hatte nichts mehr damit zu tun, ob er höher ist oder nicht" (pag. 9/37; bestätigt in der zweiten Befragung vom 13. April 2021, pag. 8/120). Überdies erklärte die Geschädigte, der Angeklagte habe ihr in der betreffenden Situation weder irgendwelche Befehle erteilt noch Nachteile in Aussicht gestellt. Auch habe sich der Angeklagte mit Sicherheit nicht so verhalten oder eine irgendwie geartete Erwartung ausgedrückt, dass sie mit ihm auf ihr Zimmer hätte gehen müssen (pag. 12/45). Zwar erwähnte die Geschädigte vor den Schranken des Mil Ger 2, sie sei in der damaligen Situation "wie paralysiert" gewesen. Sie gab jedoch als Grund dafür nicht die militärische Stellung des Angeklagten an, sondern den Umstand, dass alles unerwartet gekommen sei (pag. 12/48; ebenso die Aussagen der Geschädigten vor der zweiten Instanz, S. 8 des Protokolls).

Auch bezüglich der Übernahme der Funktion des stellvertretenden Kompaniekommandanten ist nicht nachgewiesen, dass die Entscheidungsfreiheit der Geschädigten wegen der militärischen Stellung des Angeklagten zum Tatzeitpunkt massgeblich eingeschränkt war. Zwar sagte Hptm J. am 5. Oktober 2020 als Zeuge aus, die Frage der stellvertretenden Kommandantenfunktion sei per 15. Mai 2020 noch nicht definitiv entschieden gewesen (pag. 8/42). Dem stehen indessen die Aussagen von Oblt P. entgegen, der in der Einvernahme vom 26. Oktober 2020 als Zeuge zu Protokoll gab, er sei schon am 8. Mai 2020 entlassen worden;

das Vorhaben hinsichtlich der stellvertretenden Funktion sei am Ende seines Dienstes – also noch vor dem Tatzeitpunkt – nicht mehr weiterverfolgt worden, denn der betreffende Entscheid sei bereits mehrere Wochen vorher – mithin Mitte April – gefallen (pag. 8/82, 8/85). Zum Erhalt des militärischen Vorschlags präziserte die Geschädigte vor den Schranken des Mil Ger 2, sie habe den Angeklagten dafür nicht zwingend gebraucht, sondern hätte den Vorschlag sehr wahrscheinlich auch in der (...) von Hptm J. erhalten können (pag. 12/41; bestätigt an der vorinstanzlichen Verhandlung, S. 6 des Protokolls).

Es steht sodann fest, dass die militärischen Qualifikationen der Geschädigten gemäss deren Aussagen in der Befragung vom 13. April 2021 nicht durch den Angeklagten, sondern durch den vorgesetzten Hptm J. sowie Hptm E. vorgenommen worden sind (pag. 8/122). Ferner ergänzte die Geschädigte vor der Appellationsinstanz, ihre Qualifikationen seien bereits eine Woche vor dem Tatzeitpunkt durch Hptm J. erfolgt (S. 10 des Protokolls). Folgerichtig lässt sich nicht nachweisen, dass die militärische Stellung des Angeklagten kausal für eine allfällige Duldung von sexuellen Handlungen durch die Geschädigte war.

d) Der objektive Tatbestand der Ausnützung der militärischen Stellung gemäss Art. 157 MStG ist demzufolge nicht erfüllt. Die Kassationsbeschwerde des Auditors erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

Anzumerken ist, dass sich die weitere Prüfung einer allfälligen versuchten Tatbegehung gemäss Art. 21 Abs. 1 MStG erübrigt, da in der Kassationsbeschwerde diesbezüglich weder Anträge gestellt noch Ausführungen gemacht werden. Im Übrigen enthält bereits die Anklageschrift des Auditors vom 22. Oktober 2021 (pag. 12/2 ff.) keine Darstellung der notwendigen Elemente, die nach den einschlägigen rechtlichen Kriterien einen Versuch allenfalls annehmen lassen würden (vgl. STEFAN HEIMGARTNER/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N 35 a zu Art. 325 StPO).

5.

a) Der Auditor begehrt in seiner Kassationsbeschwerde im Eventualstandpunkt, der Angeklagte sei bezüglich des Vorfalls vom 11. Mai 2020 der sexuellen Belästigung gemäss Art. 159a Abs. 1 MStG schuldig zu erklären.

Das MAG 2 sprach den Angeklagten von der (Eventual-)Anklage der sexuellen Belästigung nach Art. 159 Abs. 1 MStG frei und belegte ihn unter Annahme eines leichten Falles mit einer Disziplinarbusse von Fr. 500.–.

Mit der Vorinstanz sind die in Frage stehenden Handlungen des Angeklagten als sexuelle Belästigung nach Art. 159a Abs. 1 MStG einzustufen (Urteil MAG 2, Ziff. V E. 3.2.4). Der Angeklagte hat nach den Schilderungen der Geschädigten seine Hände unter ihrem Pullover gehabt und sie mit seinem Daumen unten an der Brust angefasst. Die Schwelle der tätlichen sexuellen Belästigung nach Art. 159a Abs. 1 MStG ist damit klar überschritten. Dies namentlich vor dem Hintergrund, dass auch Zudringlichkeiten über den Kleidern, das Anpressen oder Umarmungen die Qualität einer sexuellen Belästigung zu erfüllen vermögen (vgl. BERNHARD

ISENRING, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N 18 zu Art. 198 StGB). Die rasche Abfolge der Berührungen weist auf einen einheitlichen Willensentschluss hin, weshalb von einer einfachen Tatbegehung auszugehen ist (natürliche Handlungseinheit; vgl. BGE 133 IV 256 E. 4.5.3).

Es ist in der Folge einzig darüber zu befinden, ob die Vorinstanz zu Recht von einem leichten Fall ausgegangen ist.

b) Der Tatbestand der sexuellen Belästigung nach Art. 159a MStG sieht in Abs. 2 den leichten Fall vor. Bei dessen Vorliegen spricht das Gericht den Angeklagten frei und verhängt eine Disziplinarstrafe (Art. 149 Abs. 1 MStP).

Ein Fall gilt als leicht, wenn die Tat unter Berücksichtigung des Verschuldens, der Beweggründe, der persönlichen Verhältnisse und der dienstlichen Führung des Fehlbaren sowie eines geordneten Dienstes als geringfügig erscheint, wobei eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu erfolgen hat. Dabei muss der Fall sowohl in objektiver (Tatkomponente) als auch in subjektiver Hinsicht (Täterkomponente) geringfügig sein. Letztlich müssen gewichtige Gründe gegeben sein, die das bewirkte Unrecht als gering erscheinen lassen (Strafminde- rungsgründe), sowie Anhaltspunkte für besonderes Unrecht fehlen (Straferhöhungsgründe; MKGE 14 Nr. 29 E. 3d; 11 Nr. 69 E. 6). Zu berücksichtigen ist nicht zuletzt auch die Intensität der Beeinträchtigung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter.

Da – wie aufgezeigt – eine Gesamtwürdigung aller Umstände erforderlich ist, kann ein leichter Fall ausnahmsweise auch gegeben sein, wenn mittelgradige Komponenten durch besonders leicht wiegende Elemente aufgewogen werden (vgl. STEFAN FLACHSMANN/PATRICK FLURI/BERNHARD ISENRING/EDGAR PHILIPPIN/JEAN-MARIE RÖTHLISBERGER, Disziplinarstraford- nung, 6. Aufl. 2022, N 41 ff.). Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, es dürfe nur aus- nahmsweise von einem leichten Fall einer sexuellen Belästigung nach Art. 159a Abs. 2 MStG ausgegangen werden: einzig die geringfügigsten Fälle seien rein disziplinarisch zu ahnden, es dränge sich mit anderen Worten bei der Annahme eines leichten Falles eine grosse Zu- rückhaltung auf (vgl. FLACHSMANN/FLURI/ISENRING/PHILIPPIN/RÖTHLISBERGER, a.a.O., N 49 [FN 65], N 52 [FN 76], N 123 [FN 150], N 767). Als Beispiele leichter Fälle aufgeführt werden der Fall eines Armeeeingehörigen, der gegenüber einer Frau obszöne Gesten macht, oder jener eines Soldaten, der ein Foto von seinem Geschlechtsteil mit seinem Smartphone an eine Kameradin in seinem Zug sendet (vgl. FLACHSMANN/FLURI/ISENRING/PHILIPPIN/RÖTHLIS- BERGER, a.a.O., vor N 761).

Das öffentliche Interesse, sexuelle Belästigung im Militärdienst zu verhindern, legt eine ge- wisse Zurückhaltung bei der Annahme eines leichten Falles nahe. Gleichwohl prüft das Mili- tärkassationsgericht die Rechtsfrage eines leichten Falles frei (MKGE 14 Nr. 29 E. 3d; 11 Nr. 69 E. 6).

c) Im Gegensatz zur Vorinstanz kann der vorliegende Fall bei einer Gesamtbetrachtung nicht mehr als leicht qualifiziert werden. Zunächst fällt zu Lasten des Angeklagten ins Gewicht, dass gleich mehrere – in zeitlich rascher Abfolge vorgenommenen – nicht einvernehmliche

Berührungen in Frage stehen.

Auch wenn die Geschädigte in den Rahmen einer Rückenmassage eingewilligt hatte, sprechen Örtlichkeit und der Zeitpunkt des Geschehens ebenfalls gegen einen leichten Fall. So hat sich der Vorfall spätabends im persönlichen Zimmer einer militärisch genutzten Unterkunft und dort auf dem Bett der Geschädigten, mithin in ihrer Privatsphäre, zugetragen.

Als erschwerende Faktoren sind ebenso zu werten, dass der Angeklagte gegenüber der Geschädigten 10 Jahre älter war, einen höheren militärischen Grad innehatte und während des betreffenden Militärdienstes in der Funktion eines Kompaniekommandanten stand.

Mit der Annahme eines leichten Falles nicht zu vereinbaren ist des Weiteren der Umstand, dass sich der Angeklagte – wie erwähnt (E. 4a) – offensichtlich eines Überraschungseffekts zu bedienen wusste, indem er den Rahmen der – auf seine Initiative zurückgegangenen – vereinbarten Rückenmassage bald verliess und die Geschädigte in der Folge mit seinen weiteren Berührungen überrumpelte.

Nicht zuletzt ist auch die subjektive Betroffenheit, soweit sie als objektiv nachvollziehbar erscheint, in die Abwägung miteinzubeziehen. So kann es sein, dass eine objektiv geringfügig erscheinende sexuelle Belästigung das subjektive Empfinden der betroffenen Person derart stark trifft, dass kein leichter Fall mehr in Betracht kommt (vgl. FLACHSMANN/FLURI/ISENRING/PHILIPPIN/RÖTHLISBERGER, a.a.O., N 49).

Diesbezüglich finden sich in den Akten Anhaltspunkte, wonach die in Frage stehenden Handlungen die Geschädigte stark belastet haben. So berichtet sie etwa in ihrem Umteilungsantrag vom 14. September 2020 an Br B. von Schlafproblemen, Konzentrationsstörungen, Panikattacken und dem Aufsuchen einer Therapeutin (pag. 3/6 f.; vgl. auch die Schilderungen von X._____, der Mutter der Geschädigten, anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 13. April 2021, pag. 8/111).

d) Demgegenüber vermögen die von der Vorinstanz zugunsten eines leichten Falles angeführten Argumente nicht zu überzeugen. Dass der Angeklagte von der Geschädigten abliess und deren Zimmer verliess, nachdem sie ihn dazu aufgefordert hatte, begründet keinen leichten Fall. Hätte sich der Angeklagte über die klare Willenskundgabe der Geschädigten hinweggesetzt, so wäre möglicherweise eine schwerwiegendere Strafnorm zu prüfen gewesen.

Auch das vorinstanzliche Argument der kurzen Dauer der Berührungen, die nicht den Intimbereich betroffen hätten, spricht nicht für einen leichten Fall. Vielmehr ist gerichtsnotorisch, dass die typischen sexuellen Belästigungen in der Regel weder lange andauern noch die eigentlichen Geschlechtsorgane betreffen.

Dass die Geschädigte vor den Schranken der Vorinstanz zu Protokoll gab, sie erachte einen Freispruch des Angeklagten als beste Lösung, legt ebenso wenig die Annahme eines leichten Falles nahe. Zum einen geht – wie erwähnt (E. 5c) – aus den Akten hervor, dass die Vorgänge die Geschädigte zum damaligen Zeitpunkt stark belastet haben. Zum anderen begründete die

Geschädigte ihre Aussage vor dem MAG 2, wonach ein Freispruch "die beste Lösung" in dieser Situation sei, mit dem Umstand, der Freispruch sei für sie fast wie eine Erleichterung gewesen, ansonsten es Konsequenzen für die Karriere des Angeklagten gegeben hätte (S. 14 des Protokolls). Damit wollte die Geschädigte offenbar zum Ausdruck bringen, dass es ihr nicht um eine maximale Schädigung des Angeklagten gehe, was nach einer zeitlichen Distanz von über drei Jahren nachvollziehbar erscheint und im Übrigen für die Geschädigte spricht.

Ebenso wenig lässt sich ein leichter Fall auf die weiteren von der Vorinstanz ins Feld geführten Elemente abstützen, wonach ein einmaliges Ereignis vorliege und der Angeklagte über einen tadellosen Leumund sowie sehr gute militärische Führungsberichte verfüge. Die letzteren Aspekte haben allenfalls einzig in die ordentliche Strafzumessung gemäss Art. 41 und Art. 60c Abs. 3 MStG einzufließen.

Demzufolge liegt bei einer Gesamtbetrachtung kein leichter Fall einer sexuellen Belästigung vor. Die Beeinträchtigung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung erscheint nicht mehr als geringfügig, zumal mehrere nicht einvernehmliche Berührungen in Frage stehen und die Geschädigte durch den Vorfall während einer längeren Zeit gesundheitlich belastet war.

e) Aus diesen Gründen hat die Vorinstanz mit der Annahme eines leichten Falles der sexuellen Belästigung gegen Art. 159a MStG verstossen. Die Kassationsbeschwerde des Auditors ist deshalb in ihrem Eventualstandpunkt begründet. Das Urteil des MAG 2 vom 22. August 2023 ist folgerichtig aufzuheben und zur Neuurteilung betreffend die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird den Angeklagten der sexuellen Belästigung gemäss Art. 159a Abs. 1 MStG, bezogen auf den Vorfall vom 11. Mai 2020 in S., schuldig zu erklären und ihn unter Verneinung eines leichten Falles zu einer tat- und täterangemessenen Busse zu verurteilen haben. Ebenso wird die Vorinstanz über die Kostenverteilung des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens gemäss Dispositiv-Ziffer 4 neu befinden müssen.

6.

a) Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde des Auditors teilweise gutzuheissen, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das MAG 2 zurückzuweisen (Art. 190 und Art. 191 Abs. 1 MStP).

b) Gemäss Art. 193 MStP gilt für die Kosten des Militärkassationsgerichts sinngemäss Art. 183 MStP. Demnach trägt der Bund die Kosten des Appellationsverfahrens, wenn die Appellation des Angeklagten in vollem Umfang gutgeheissen wird. In den anderen Fällen trifft das Gericht den Kostenentscheid nach seinem Ermessen (Art. 183 Abs. 1 MStP).

c) Da die Kassationsbeschwerde des Auditors im Hauptpunkt abgewiesen, hinsichtlich der Eventualposition jedoch gutgeheissen wird, rechtfertigt es sich, die Kosten des Militärkassationsgerichts von insgesamt Fr. 1'000.– im Betrag von Fr. 300.– zu Lasten des Angeklagten zu verlegen.

(MKG 941, 20. September 2024, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

7

Art. 171c Abs. 1 MStG; Art. 185 Abs. 1 lit. d, 187 Abs. 1 MStP; Rügeprinzip; Diskriminierung und Aufruf zu Hass; Öffentlichkeit

Das Militärkassationsgericht kennt – im Gegensatz zum Bundesgericht – kein strenges Rügeprinzip im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BGG. Dies entbindet nicht davon, die Kassationsbeschwerde zu begründen. Die Einreichung einer inhaltsleeren Begründung kann ausreichend sein, um zumindest auf die Beschwerde einzutreten (E. 2b).

Der Begriff der Öffentlichkeit im Sinne des Tatbestandes der Diskriminierung zu Aufruf und Hass gemäss Art. 171c Abs. 1 MStG wird über die Abgrenzung zur Privatheit definiert. Verhaltensweisen und Aussagen im Militärdienst sind nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts grundsätzlich öffentlich. Privat sind aber Aussagen unter vier Augen – konkret das Absetzen einer Sprachnachricht auf ein Mobiltelefon – und damit unter Ausschluss jeglicher Wahrnehmungsmöglichkeit Dritter. Gleiches gilt bei weiteren Anwesenden, wenn die zufällige Wahrnehmung Dritter ausgeschlossen ist und (kumulativ) zugleich konkrete Hinweise auf ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Wahrnehmenden besteht. Ein besonderes Vertrauensverhältnis setzt eine gesteigerte, mithin über die blosse militärische Zwangsgemeinschaft hinausgehende persönliche Beziehung zwischen Täter und Mithörern voraus (E. 3a/bb). Faktoren, welche geeignet sind, ein besonderes Vertrauensverhältnis zu begründen (E. 3c).

Art. 171c al. 1 CPM ; art. 185 al. 1 let. d, 187 al. 1 PPM ; principe d'allégation ; discrimination et incitation à la haine ; publicité

Contrairement au Tribunal fédéral, le Tribunal militaire de cassation ne connaît pas le principe strict d'allégation au sens de l'art. 42 al. 2 LTF. Cela ne dispense pas de motiver le pourvoi en cassation. La présentation d'une motivation sans substance peut être suffisante, à tout le moins pour entrer en matière sur le pourvoi (consid. 2b).

La notion de publicité au sens de l'infraction de discrimination et incitation à la haine selon l'art. 171c al. 1 CPM se définit par rapport aux limites du cadre privé. Selon la jurisprudence du Tribunal militaire de cassation, les comportements et les déclarations au service militaire ont en principe un caractère public. Sont privées les déclarations faites entre quatre yeux – concrètement, l'envoi d'un message vocal sur un téléphone portable – excluant donc toute possibilité de perception par des tiers. Il en va de même pour les déclarations faites en présence d'autres personnes, lorsqu'une perception fortuite par des tiers est exclue et (cumulativement) que des indices concrets montrent l'existence d'une relation de confiance

particulière entre l'auteur et ceux qui perçoivent ces déclarations. Une relation de confiance particulière suppose un rapport personnel étroit – dépassant ainsi la simple communauté militaire forcée – entre l'auteur et les personnes percevant ses déclarations (consid. 3a/bb). Facteurs susceptibles de fonder une relation de confiance particulière (consid. 3c).

Art. 171c cpv. 1 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. d, 187 cpv. 1 PPM; principio dell'allegazione; discriminazione e incitamento all'odio; nozione di "pubblico"

Il Tribunale militare di cassazione, a differenza del Tribunale federale, non esige il rispetto di un principio dell'allegazione ai sensi dell'art. 42 cpv. 2 LTF. Ciò non esime dall'obbligo di motivare il ricorso per cassazione. L'inoltro di una motivazione priva di contenuto può essere sufficiente, perlomeno per ritenere data l'ammissibilità del ricorso (consid. 2b).

La nozione di "pubblico" ai sensi del reato della discriminazione e incitamento all'odio secondo l'art. 171c cpv. 1 CPM viene definita mediante delimitazione dal "privato". Secondo la giurisprudenza del Tribunale militare di cassazione, i comportamenti e le affermazioni durante il servizio militare sono di principio pubblici. Al contrario, conversazioni a quattr'occhi – in concreto l'invio di un messaggio vocale su un telefono cellulare – e che quindi escludono qualsiasi possibilità di percezione da parte di terzi sono da considerarsi private. Lo stesso vale per quanto concerne ulteriori persone presenti se la percezione causale della conversazione da parte di terzi è esclusa e (cumulativamente) sussistono indicazioni concrete circa l'esistenza di un rapporto particolare di fiducia tra l'autore e le persone che ascoltano le sue affermazioni. Un rapporto particolare di fiducia presuppone un rapporto personale di un'intensità accresciuta, che quindi vada al di là della semplice coesistenza militare forzata, tra l'autore e i suoi ascoltatori (consid. 3a/bb). Fattori idonei a costituire un rapporto particolare di fiducia (consid. 3c).

Sachverhalt:

A.

Hptfw X. _____ leistete im Juli (...) im Rahmen der Pz RS (...) (Abverdienen des Grades als Hauptfeldweibel) Dienst. Laut Anklageschrift des Auditors der Auditorenregion 2 vom 1. November 2022 rief X. _____ am 21. Juli (...) um 01.00 Uhr aus der Kaserne in Thun, wo er sich «mit einer Gruppe von vier bis fünf Personen befand», A. _____ an, mit dem er bis ca. Ende April (...) gemeinsam (im Rang eines Wachtmeisters) Dienst geleistet und seither keinen Kontakt mehr gehabt hatte. Dabei hinterliess er auf dessen Natel-Combox folgende Sprachnachricht:

«Hoi (...) (Gelächter), i weiss ned, öb mi nö kennsch, i bi de X. _____, i be Wachtmeischer mit der gsi, mer hei di aubes gfragt, wie viel Schwänz du schon im Arsch g[ha] hesch. I ha der nor schnöu wele mitteile, dass mer jetzt ei Rekrut hei, wo au schwul isch. I weiss ned, vielleicht wösch mau de Arsch änehäbe.»

Mit Urteil vom 6. Februar 2023 sprach das Militärgericht 2 X. _____ von der Anklage der Diskriminierung und Aufruf zu Hass im Sinne von Art. 171c Abs. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) frei, sprach ihn hingegen der Beschimpfung (Art. 148 Abs. 1 al. 1 MStG) und der sexuellen Belästigung (Art. 159a Abs. 1 MStG) schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 100.--, aufgeschoben bei einer Probezeit von zwei Jahren, und einer Busse von Fr. 400.--. Die Kosten des Verfahrens von insgesamt Fr. 800.-- auflegte das Militärgericht 2 zu drei Vierteln Hptfw X. _____.

B.

Gegen dieses Urteil erklärte der Auditor am 7. Februar 2023 Appellation. Mit Urteil vom 26. September 2023 wies das Militärappellationsgericht 2 die Appellation des Auditors ab und bestätigte das Urteil des Militärgerichts 2. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens gingen zu Lasten des Bundes.

Das Militärappellationsgericht 2 führte – soweit im vorliegenden Verfahren noch interessierend – zusammenfassend aus, es fehle für eine vom Auditor angebehrte Verurteilung wegen Diskriminierung und Aufruf zu Hass im Sinne von Art. 171c Abs. 1 MStG am objektiven Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit der Äusserung. Für die Beurteilung der Frage, wann eine solche vorliege, könne nicht entscheidend sein, wer sich alles theoretisch unter Missachtung von Zutrittsverboten Zutritt zu einer Örtlichkeit hätte verschaffen können. Entscheidend sei, wer die Äusserung tatsächlich wahrnehmen können. Dies seien ausschliesslich die drei bis vier Personen gewesen, die sich zum fraglichen Zeitpunkt mit dem Angeklagten in demselben Zimmer aufgehalten hätten. Angesichts der konkreten Umstände habe es sich dabei um ein Treffen im privaten Raum gehandelt.

C.

Am 28. September 2023 meldete der Auditor gegen dieses Urteil schriftlich Kassationsbeschwerde an, die er am 27. März 2024 begründete. Er beantragte unter Anrufung des Kassationsgrunds von Art. 185 Abs. 1 lit. d des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 (MStP;

SR 322.1), das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 26. September 2023 hinsichtlich des Freispruchs betreffend Diskriminierung und Aufruf zu Hass zu kassieren und die Sache zur Neuurteilung an das Militärappellationsgericht 2 zurückzuweisen, unter Kostenfolge zu Lasten von X._____.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. Mai 2024 schloss der Verteidiger von X._____ (nachfolgend: Angeklagter) auf Nichteintreten, *eventualiter* Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Präsident des Militärappellationsgerichts 2 reichte keinen Bericht zur Kassationsbeschwerde ein.

Erwägungen:

1.

Das Militärkassationsgericht ist unter anderem für die Behandlung von Kassationsbeschwerden zuständig (Art. 13 MStP). Dieses Rechtsmittel kann gegen Urteile der Militärappellationsgerichte (Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP) erhoben werden. Die fristgerecht angemeldete (Art. 186 Abs. 2 MStP) Kassationsbeschwerde der zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Auditors erweist sich als zulässig (Art. 186 Abs. 1 Satz 2 MStP).

2.

a) Das Militärkassationsgericht ist an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden (Art. 189 Abs. 2 MStP). Daraus folgt, dass in der Beschwerdebegründung unter Hinweis auf den Kassationsgrund darzulegen ist, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Währenddem bei Anrufung der Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 lit. a–c MStP das Militärkassationsgericht lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen berücksichtigen kann, ist es bei Anrufung der Gründe von Art. 185 Abs. 1 lit. d–f MStP nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 3 und 4 MStP). Um eine dieser letztgenannten Konstellationen handelt es sich bei der vom Auditor in der Kassationsbeschwerde aufgeworfenen Frage, ob die Äusserungen des Angeklagten in der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 171c Abs. 1 MStG gemacht worden sind. Die Kassation nach Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP setzt voraus, dass das angefochtene Urteil eine Verletzung des Militärstrafgesetzes enthält.

b) Der Auditor umschreibt lediglich in drei Sätzen, inwiefern das Militärappellationsgericht 2 das Militärstrafgesetz verletzt sein soll:

1. Der Begriff der Öffentlichkeit i.S.v. Art. 171c MStG erfasst auch im kleineren Kreis gemachte Äusserungen, falls diese im Rahmen der im Militärdienst bestehenden Zwangsgemeinschaft gemacht wurden.
2. Vor diesem Hintergrund und auch mit Blick auf die Ausführungen von Prof. Dr. Niggli («Militärdienst ist deshalb, analog zu einer Schulklasse oder einem Studien- oder Lehrgang, prinzipiell öffentlich, selbst dann, wenn sich vielleicht - aufgrund der jährlichen, längeren Kontakte - persönliche Beziehungen ergeben.») ist das Kriterium der Öffentlichkeit vorliegend erfüllt.

3. Hpfw X. _____ setzt die Sprachnachricht im Beisein von drei bis vier AdA (Lt B. _____, Lt C. _____, Four D. _____ und evtl. Lt E. _____) ab, in deren Anwesenheit zu Diskriminierung und Hass aufgerufen wurde.

Der erste Satz stellt ein wörtliches Zitat dar. Der zweite Satz ebenfalls, wobei dieser zusätzlich eine Behauptung enthält, wonach das Kriterium der Öffentlichkeit erfüllt sei. Der dritte Satz schliesslich ist eine Übernahme der vorinstanzlichen Sachverhaltserfassung.

Bei Anwendung des vom Bundesgericht vertretenen Rügeprinzips, wonach in der Begründung in gedrängter Form darzulegen ist, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [SR 173.110]), erweist sich die Begründung klarerweise als ungenügend. Das Militärkassationsgericht kennt indes kein strenges Rügeprinzip, zudem ist es vorliegend – wie erwähnt – nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden. Dies entbindet zwar nicht davon, die Kassationsbeschwerde zu begründen (THEO BOPP, in: Stefan Wehrenberg et al., Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 187–189 N 13). Vorliegend reichte der Auditor jedoch formal eine Begründung ein, wenngleich diese – bei Lichte betrachtet – keinen eigentlichen materiellen Gehalt aufweist. Dies reicht jedoch im Sinne von Art. 187 Abs. 1 MStP aus, um zumindest auf die Beschwerde einzutreten.

3.

a) aa) Der Diskriminierung und Aufruf zu Hass im Sinne von Art. 171c Abs. 1 al. 1 MStG macht sich schuldig, wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert.

bb) Der Begriff der Öffentlichkeit wird über die Abgrenzung zu seinem Gegenteil – der Privatheit – definiert. Wann Verhaltensweisen oder Aussagen noch als privat gelten können, ist auch anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 261^{bis} al. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [SR 311.0] zu bestimmen. Privat sind danach Äusserungen im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld (BGE 130 IV 111 E. 5.2). Dabei ist freilich zu beachten, dass Verhaltensweisen und Aussagen im Militärdienst nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts grundsätzlich öffentlich sind (MKGE 14 Nr. 31). Privatheit im Militärdienst kann gleichwohl etwa angenommen werden, wenn Aussagen unter vier Augen – und damit unter Ausschluss jeglicher Wahrnehmungsmöglichkeit Dritter – gemacht werden oder wenn die zufällige Wahrnehmung Dritter ausgeschlossen ist und (kumulativ) zugleich konkrete Hinweise auf ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Wahrnehmenden besteht (MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung im militärischen Kontext, in: Jusletter 13. Mai 2019, Rz. 28). Persönliche Beziehungen, welche sich aus dem ordentlichen Ablauf der Militärdienstleistung ergeben, vermögen für sich allein kein besonderes Vertrauensverhältnis und damit keine Privatheit zu begründen (Niggli, a.a.O., Rz. 34). Eine solche entsteht insbesondere für sich allein auch dann nicht, wenn Angehörige der Armee gleichen Grades auch in längeren Diensten ihren – ebenfalls

Dienstzeit darstellenden – Ausgang (Art. 47 des Dienstreglements der Armee vom 22. Juni 1994 [SR 510.10.7.0]) regelmässig gemeinsam verbringen.

b) aa) Das Militärappellationsgericht 2 hat nicht explizit auf die Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts Bezug genommen, sich jedoch mit der auch in MKGE 14 Nr. 31 diskutierten «Lehrmeinung Niggli» auseinandergesetzt. Es kam dabei zum zutreffenden Schluss, dass auch im militärischen Kontext im konkreten Einzelfall bei Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses Öffentlichkeit ausgeschlossen werden könne. Privatheit könne sodann durch besondere Umstände begründet werden, indem etwas der Öffentlichkeit bzw. der öffentlichen Wahrnehmung entzogen werde (angefochtenes Urteil Rz. 40). Der Angeklagte und die im Zeitpunkt des Versands der Sprachnachricht im gleichen Zimmer anwesenden weiteren drei bis vier Personen hätten sich bewusst im Schlafzimmer der Deutschschweizer-Zugführer im nur für das höhere Kader zugänglichen Trakt der Kaserne hinter verschlossener Tür getroffen, um sich gegen aussen abzugrenzen und ihren Ausgang gemeinsam zu verbringen. Zweck der Wahl der Örtlichkeit sei damit gerade das Herstellen einer Privatsphäre gewesen, so gut dies in Zeiten von Corona und dem Ausgang innerhalb der «Mauern» der Kaserne überhaupt möglich gewesen sei. Damit hätten sie genau jenes Verhalten an den Tag gelegt, das gemäss der Lehrmeinung Niggli für die Begründung von Privatheit auch im militärischen Kontext ausschlaggebend sei. Der Angeklagte und die weiteren Personen hätten sich zum Zeitpunkt der Sprachnachricht wie auch am ganzen Abend und am darauffolgenden Tag nicht im Dienstbetrieb befunden; ihr Zusammenfinden zu einem Treffen im erwähnten Zimmer bis in die frühen Morgenstunden sei also keinem militärischen Zwang, der Dienstpflicht oder dem Zufall geschuldet gewesen. Im Gegenteil hätten sich alle Beteiligten im Ausgang befunden und seien – mit Ausnahme der «Einschränkungen durch den Corona-Virus» völlig frei gewesen, zu entscheiden, wo und mit wem sie den Abend hätten verbringen und sich innerhalb des Kasernengeländes hätten aufhalten wollen. Auch deshalb sei von einem privaten Treffen auszugehen. Weiter komme hinzu, dass es sich um eine relativ kleine Gruppe von vier bis fünf Personen gehandelt habe, die sich «im Sinne einer kleinen Plättli-Party zum gegenseitigen Austausch und Biertrinken» im erwähnten Zimmer getroffen habe, was ebenfalls die Privatheit des Treffens unterstreiche. Ferner komme hinzu, dass sich «die meisten der Beteiligten schon längere Zeit kannten und militärische Freundschaften entstanden» seien, was die Vertraulichkeit der miteinander geführten Gespräche zusätzlich hervorhebe. Schliesslich seien die am Morgen um 01.00 Uhr geführten Gespräche auch unabhängig von bereits bestehenden Freundschaften als privat zu werten, da sich die beteiligten Personen um diese Zeit schon für mehrere Stunden während ihrer Freizeit in kleinerem Rahmen miteinander ausgetauscht hätten, woraus eine (mit zunehmender Dauer des jeweiligen Beisammenseins stets zunehmende) Vertraulichkeit ihrer Gespräche resultiert habe (angefochtenes Urteil Rz. 45). Würden die Aussagen des Angeklagten im vorliegenden Kontext als öffentlich qualifiziert, so würde dies «nicht weniger bedeuten, als dass es während dem Militärdienst überhaupt nicht möglich wäre (noch nicht einmal im Ausgang oder zurückgezogen hinter verschlossener Tür oder unter Freunden), private Äusserungen zu tätigen» (angefochtenes Urteil Rz. 46).

bb) Der Auditor betont, der Begriff der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 171c Abs. 1 MStG erfasse auch im kleineren Kreis gemachte Äusserungen, falls diese im Rahmen der im Militärdienst bestehenden Zwangsgemeinschaft gemacht würden (Kassationsbeschwerde Rz. 10).

cc) Der Angeklagte teilt die Auffassung des Militärappellationsgerichts 2. Es sei eine «bewusste Privatsphäre» geschaffen worden, die Anwesenden hätten sich aus freien Stücken zusammengefunden und auch von den anderen abgegrenzt. Hinzu komme, dass sich die Gruppe um den Angeklagten schon längere Zeit gekannt und zwischen ihnen eine Freundschaft bestanden habe, «die weit über eine bloss gestützt auf den längeren Kontakt anlässlich des Militärdiensts entwickelte flüchtige Bekanntschaft» hinausgehe (Vernehmlassung Rz. 15).

c) aa) Vor dem Militärkassationsgericht, welches sich als Kassationsinstanz nur mit den geltend gemachten Kassationsgründen beschäftigt (oben E. 2.1), ist lediglich noch zu klären, ob das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit als erfüllt zu gelten hat, wenn – wie vorliegend sachverhaltlich erstellt – die Aussagen des Angeklagten (Sachverhalt lit. A) im Beisein von drei bis vier weiteren Angehörigen der Armee in einem Zimmer in einer Kaserne erfolgten. Dies wäre – mit der Lehrmeinung Niggli – nicht der Fall, «wenn unter den betroffenen Personen ein Vertrauensverhältnis besteht, das Öffentlichkeit ausschliesst» (NIGGLI, a.a.O., Rz. 34).

Nicht mehr Thema ist m.a.W. die Frage, ob von einer Öffentlichkeit aufgrund einer Wahrnehmungsmöglichkeit der gemachten Aussagen durch (nicht im Zimmer anwesende) Dritte auszugehen ist. Insoweit sich die Ausführungen des Militärappellationsgerichts 2 und die Vorbringen des Angeklagten auf den Umstand des Treffens hinter verschlossener Tür beziehen, sind sie damit für die noch zu beurteilende Frage nach dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen dem Angeklagten und den weiteren im Zimmer Anwesenden nicht mehr von Bedeutung.

bb) Zu dieser erwähnten massgeblichen Frage äussert sich das Militärappellationsgericht 2 lediglich cursorisch, indem es sein Hauptaugenmerk auf den Aspekt der Privatheit durch Ausschluss der Wahrnehmungsmöglichkeit der gemachten Aussagen durch nicht im Zimmer anwesende Dritte richtet. Lediglich zur Hervorhebung der Vertraulichkeit der zwischen dem Angeklagten und den anderen im Zimmer Anwesenden geführten Gespräche führt das Militärappellationsgericht 2 «ferner» aus, dass sich «die meisten der Beteiligten schon längere Zeit kannten und militärische Freundschaften entstanden waren». Diese Begründung reicht nicht, um das Kriterium der Öffentlichkeit der abgesetzten Sprachnachricht im Sinne von Art. 171c MStG begründen oder verneinen zu können. Entsprechend ist der angefochtene Entscheid aufzuheben.

cc) Das Militärappellationsgericht 2 wird zur Beantwortung der Frage nach dem besonderen Vertrauensverhältnis beziehungsweise Freundschaft zwischen dem Angeklagten und den weiteren im Zimmer anwesenden Personen die folgenden Elemente, von denen das Militärappellationsgericht 2 erst einzelne genügend festgestellt hat, bei der neuerlichen Entscheidungsfindung zu berücksichtigen haben:

- Die örtliche Situation während der Sprachnachricht

- Die zeitlichen Elemente, mithin in welchem zeitlichen Kontext die Sprachnachricht abgesetzt worden ist (während Dienstzeit, Ruhezeit, Freizeit, Arbeitszeit, Ausgang usw.)

Die Zahl der die Sprachnachricht wahrnehmenden Personen

- Die Exklusivität und persönliche Identifizierbarkeit der zugelassenen Personen während der Sprachnachricht

Gestützt auf den festgestellten Gesamtkontext der Sprachnachricht hat das Militärappellationsgericht 2 zur Entscheidungsfindung die folgenden Fragen zu beantworten:

- Bestand eine gesteigerte, mithin über die blosse militärische Zwangsgemeinschaft hinausgehende persönliche Beziehung zwischen dem Angeklagten und den Mithörern?
- Gab es eine Weiterverbreitung der Sprachnachricht durch die Mithörer?

4.

a) Die Kassationsbeschwerde des Auditors erweist sich damit im Ergebnis als begründet und ist gutzuheissen. Das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 26. September 2023 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an dieses zurückgewiesen. Das Militärappellationsgericht 2 wird sich je nach Ergebnis neben dem Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit gegebenenfalls auch zu den weiteren objektiven Tatbestandselementen von Art. 171c Abs. 1 MStG und dem für eine Erfüllung des Tatbestandes notwendigen Vorsatz (MKGE 14 N. 31 E. 4a/aa) zu äussern haben.

b) Der Angeklagte ist im vorliegenden Verfahren zwar als unterliegend zu betrachten. Da er die ungenügende Begründung des Militärappellationsgerichts 2 jedoch nicht zu verantworten hat, rechtfertigt es sich, die Kosten des vorliegenden Verfahrens der Eidgenossenschaft aufzuerlegen (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP).

(MKG 942, 22. November 2024, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

8

Art. 71 MStG; Art. 185 Abs. 1 lit. d, e und f MStP; Art. 9 BV; Kognition des Militärkassationsgerichts hinsichtlich Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung; Zusammenfassung der anwendbaren Grundsätze; Tätlichkeiten und Drohung zum Nachteil eines Untergebenen oder im Range Nachstehenden; Mittäterschaft; Einwilligung der geschädigten Person als aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund (volenti non fit injuria); "Hamburgertaufen"

Wie das Bundesgericht auch ist das Militärkassationsgericht keine Appellationsinstanz, vor welcher Tatsachen erneut frei vorgebracht werden könnten. Es ist kein Sachgericht und an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gebunden, ausser diese erweise sich als willkürlich im Sinne von Art. 9 BV (E. 2.1).

Zusammenfassung der Tatbestandsmerkmale der Tätlichkeiten und Drohung zum Nachteil eines Untergebenen oder im Range Nachstehenden gemäss Art. 71 MStG (E. 3.1.1) sowie der Voraussetzungen der Mittäterschaft. Der Mittäter haftet für die Tatbeiträge der anderen, wie wenn er die Gesamtheit der Tatbeiträge in eigener Person geleistet hätte; aufgrund dieser gegenseitigen Zurechnung stellt sich die Frage der (natürlichen) Kausalität der einzelnen Tatbeiträge nicht (E. 3.1.2).

Eine Einwilligung der geschädigten Person kommt bei Art. 71 MStG nicht in Betracht. In der Armee sind Traditionen freilich beizubehalten; diese können jedoch nicht in dem Sinne denaturiert werden, als im Rahmen von sog. "Hamburgertaufen" Gewalt angewendet wird oder Verhaltensweisen an den Tag gelegt werden, welche strafrechtlich relevant sind (E. 4).

Art. 71 CPM ; art. 185 al. 1 let. d, e et f PPM ; art. 9 Cst ; pouvoir d'examen du Tribunal militaire de cassation concernant l'établissement des faits et l'appréciation des preuves ; rappel des principes en la matière ; voies de fait et menaces sur un subordonné ; coactivité ; fait justificatif extra-légal du consentement du lésé (volenti non fit injuria) ; bizutage

A l'instar du Tribunal fédéral, le Tribunal militaire de cassation n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il n'est pas un juge du fait et il est lié par les constatations de fait ressortant de la décision entreprise, à moins qu'elles n'aient été établies de façon arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (consid. 2.1).

Rappel des éléments constitutifs de l'infraction de voies de fait et menaces sur un subordonné réprimée par l'art. 71 CPM (consid. 3.1.1) et rappel des principes relatif à figure de la coactivité ; lorsque les conditions de la coactivité sont réalisées, chaque protagoniste répond pour ce que les autres ont fait, tout se passant comme s'il avait accompli lui-même l'ensemble des actes d'exécution de l'infraction considérée ; cette imputation réciproque des

contributions des différents coauteurs rend sans objet la question de la causalité (naturelle) de chacune d'entre elles prise isolément (consid. 3.1.2).

Le consentement du lésé n'entre pas en ligne de compte face à l'infraction de voies de fait et menaces sur un subordonné au sens de l'art. 71 CPM ; les traditions au sein de l'armée doivent certes être préservées, mais celles-ci ne sauraient être dénaturées au point que l'on en vienne, en marge de véritables bizutages, à faire usage de la violence, respectivement à adopter des comportements constitutifs d'infractions pénales (consid. 4).

Art. 71 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. d, e e f PPM; art. 9 Cost.; potere di esame del Tribunale militare di cassazione per quanto concerne l'accertamento dei fatti e la valutazione delle prove; riepilogo dei principi applicabili nella materia; vie di fatto e minacce a danno di un subalterno; correità; consenso della parte lesa quale motivo giustificativo extra-legale (volenti non fit injuria); rituali di iniziazione

Come il Tribunale federale, anche il Tribunale militare di cassazione non è un'autorità d'appello dinanzi alla quale sarebbe possibile ridiscutere liberamente i fatti. Non è un giudice di fatto ed è vincolato ai fatti accertati nella decisione impugnata, a meno che il loro accertamento non sia stato svolto in modo arbitrario ai sensi dell'art. 9 Cost. (consid. 2.1).

Riassunto degli elementi costitutivi del reato di vie di fatto e minacce a danno di un subalterno secondo l'art. 71 CPM (consid. 3.1.1) e dei principi relativi alla correità; qualora le condizioni della correità sono realizzate, ogni protagonista risponde per quanto fatto dagli altri come se egli avesse compiuto in propria persona l'insieme degli atti volti alla realizzazione del reato in questione; questa imputazione reciproca dei contributi dei differenti coautori rende priva d'oggetto la questione della causalità (naturale) dei singoli contributi (consid. 3.1.2).

Il consenso della parte lesa non entra in linea di conto per quanto concerne il reato di vie di fatto e minacce a danno di un subalterno ai sensi dell'art. 71 CPM. Se da un lato le tradizioni all'interno dell'Esercito devono certamente essere mantenute, dall'altro lato tali usanze non possono essere snaturate al punto di fare uso, nell'ambito di rituali di iniziazione, di violenza, rispettivamente di adottare dei comportamenti costitutivi di reati penali (consid. 4).

Faits :

A.

Par jugement du 27 janvier 2023, le Tribunal militaire 1 a notamment reconnu le Lt X._____, avec différents co-prévenus, coupable de voies de fait sur la personne d'un subordonné et l'a condamné à une peine pécuniaire de 15 jours-amende à 170 fr. l'unité, avec sursis pendant deux ans. Il l'a en outre condamné à une amende additionnelle à titre de sanction immédiate de 400 fr., la peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif étant fixée à 4 jours. Il a également mis une partie des frais de la procédure, par 850 fr., à la charge du prénommé.

B.

Par jugement du 1^{er} décembre 2023, le Tribunal militaire d'appel 1 a partiellement admis l'appel interjeté par la Confédération et rejeté l'appel interjeté par le Lt X._____ à l'encontre du jugement précité. Il l'a, en substance, confirmé en ce qui concerne ce dernier, s'agissant de la qualification retenue et de la peine infligée.

Les faits sont, en résumé, les suivants.

B.a En date du vendredi 6 avril 2018, vers 20h45, à la caserne de T._____, la maj A._____, alors plt en paiement de galons, commandante de la cp inf 2, a rassemblé une partie des recrues de l'ER inf 2-1 dans la cour d'honneur de la caserne en vue d'une cérémonie de remise de leur grade et insigne de soldat.

Dans le cadre de cette cérémonie, les chefs de section, soit notamment le plt Y._____, alors lt, le Lt X._____ et le Lt Z._____, ont appelé les membres de leur section respective sur une estrade qui avait été installée pour l'occasion. Une fois sur celle-ci, les recrues ont été appelées tour à tour afin de recevoir leur insigne de soldat. Pour ce faire, chaque recrue a effectué une annonce à son chef de section, qui y répondait. Intervenant ensuite une poignée de main puis une frappe au niveau de l'insigne nouvellement remis au soldat, soit approximativement au niveau de la clavicule droite.

Les chefs de section ont également autorisé leurs sous-officiers, à savoir un sgtm et plusieurs sgt, à donner un coup de poing sur l'insigne de grade des nouveaux soldats.

Les frappes ainsi assénées aux soldats ont fait perdre l'équilibre à certains d'entre eux. Des bruits sourds, provoqués par ces frappes, ont résonné dans la cour d'honneur de la caserne.

B.b A l'issue de cette cérémonie officielle, les membres de la compagnie se sont rendus dans une salle de théorie de la caserne pour partager une verrée. Au cours de celle-ci, une bière par personne et des boissons non alcoolisées ont été servies.

Dans un premier temps, une cérémonie de remise de grade, telle que celle qui venait de se dérouler dans la cour d'honneur de la caserne, y a été reproduite pour un détachement de recrues qui venaient de rentrer de la place de tir du V._____ et qui n'avaient donc pas pu

prendre part à la cérémonie. Durant la préparation de cette nouvelle remise d'insignes, la maj A._____ a précisé, sur le ton de la boutade, qu'elle "*tolérait jusqu'à deux clavicules cassées*". Les nouveaux soldats du détachement ont ainsi reçu un coup à l'endroit où venait d'être accroché leur nouvel insigne de grade, selon le même enchaînement que celui décrit plus haut.

Dans un second temps, les officiers susmentionnés, à l'exception du maj A._____, sont passés auprès des soldats pour leur donner un nouveau coup à l'endroit où ils portaient leur insigne fraîchement remis. Les officiers se sont répartis les soldats en fonction de leur spécialisation, notamment les spécialistes *Panzerfaust*. Des chefs de section, notamment le plt Y._____, ont autorisé leurs sous-officiers à donner des coups sur les insignes de grade.

B.c Lors de cette seconde séquence, de nombreuses frappes ont été assénées aux soldats tout juste promus, parfois à de répétées reprises, durant environ un quart d'heure. Certains coups ont été jugés comme corrects par les militaires présents, mais d'autres ont été tenus pour excessifs. L'ambiance était d'abord festive et euphorique, avant de tourner en une une forme de déchaînement, les cadres présents profitant de l'occasion pour adresser des frappes excessivement fortes sur les soldats. La soirée a ainsi dégénéré, les coups assénés ayant été décrits comme déplacés ou donné "*avec rage et haine*" par certains cadres, qui se sont défoulés sur les soldats.

Des séquences vidéo ont été tournées par des militaires présents lors de cette seconde séquence, dont l'une fait notamment apparaître l'un des sgt présent en train de distribuer des coups à des soldats disposés en rang dans la salle où les faits se sont déroulés.

B.d Dans les jours suivants, entre les 10 et 25 avril 2018, pas moins de vingt-deux soldats ont consulté le médecin de troupe, qui a constaté que ces derniers présentaient des contusions et des hématomes de tailles diverses, tout en se plaignant de vives douleurs au niveau des épaules droites et du torse.

Pour l'un de soldats, le médecin de troupe n'a pas pu exclure une fracture costale, tandis qu'une côte fêlée a été diagnostiquée sur un autre soldat lors d'une consultation effectuée auprès du Centre de permanence médicale U._____ à S._____. Celui-ci s'est vu délivrer un certificat d'arrêt de travail à 100 % pendant huit jours. Un autre soldat encore a présenté un hématome de 20 centimètres de long pour 8 centimètres de large sur le bras droit ainsi qu'une dyspnée sur le thorax.

Au vu des constatations médicales effectuées, le médecin de troupe, le Dr E._____, a établi des dispenses pour quatorze des soldats précités. Elles portaient sur des interdictions de sport, de pompes ou de tout exercice musculaire du haut du corps, ainsi que des interdictions de soulever des charges, de tir de combat ou encore d'exercice de réaction.

B.e Le 10 avril 2018, à la suite d'une dénonciation émanant du Dr E._____ et du maj A._____, le commandant de l'ER inf 2-1 2018, le lt col EMG G._____, a ordonné

la mise en œuvre d'une enquête en complément de preuves concernant le déroulement de la soirée de remise de grade du 6 avril 2018.

B.f Le 1^{er} mai 2018, le maj A._____, le plt Y._____ et le lt X._____ ont été sanctionnés disciplinairement par le prononcé d'amendes, fixées respectivement à 500 fr., 300 fr. et 400 fr., pour faute de discipline et inobservation des prescriptions de service de peu de gravité.

B.g Le 22 janvier 2019, le Juge d'instruction en charge de l'enquête en complément de preuves a établi un rapport de clôture à l'attention du br O._____. Il a en bref proposé l'ouverture d'enquêtes ordinaires pour mise en danger de subordonnés à l'encontre du maj A._____ et pour lésions corporelles simples à l'encontre du lt X._____ notamment.

En date du 4 février 2019, le br O._____ a suivi la proposition du Juge d'instruction, qui a prononcé la clôture de l'instruction par ordonnance du 30 décembre 2020 et a transmis le dossier à l'auditeur.

Par acte d'accusation du 22 septembre 2021, l'auditeur a notamment renvoyé le lt X._____ en jugement, en compagnie de trois autres co-prévenus, d'autres encore ayant fait pour leur part l'objet d'ordonnance de condamnation le 22 septembre 2021 également. Celles-ci sont définitives et exécutoires.

C.

Par actes des 6 décembre 2023 et 6 mai 2024, le lt X._____ forme un pourvoi au Tribunal militaire de cassation à l'encontre du jugement rendu le 1^{er} décembre 2023 par le Tribunal militaire d'appel 1. Il conclut, sous suite de frais, à l'annulation dudit jugement et au renvoi de la cause à cette même autorité pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Considérant en droit :

1.

Le pourvoi est formé contre un jugement d'appel attaqué par la voie du pourvoi en cassation (art. 184 al. 1 let. a PPM).

Le recourant se plaint d'une violation de la loi pénale et invoque des constatations de fait essentielles en contradiction avec l'administration des preuves, ainsi qu'une motivation insuffisante (art. 185 al. 1 let. d, e et f PPM). Il dispose de la qualité pour recourir au regard de sa qualité d'accusé devant l'autorité précédente (art. 186 CPM) et a agi en temps utile (art. 186 s. CPM).

Il convient par conséquent d'entrer en matière.

2.

Le recourant reproche au Tribunal militaire d'appel 1 d'avoir établi les faits de manière arbitraire. Il reproche principalement aux juges précédents d'avoir méconnu un certain nombre de témoignages, dont il ressort selon lui que ses propres coups étaient proportionnés et ne dénotaient aucune intention de blesser ni physiquement ni moralement.

2.1 A l'instar du Tribunal fédéral, le Tribunal militaire de cassation n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il n'est pas un juge du fait et il est lié par les constatations de fait ressortant de la décision entreprise, à moins qu'elles n'aient été établies de façon arbitraire au sens de l'art. 9 Cst (cf. ATMC 14 n° 9 consid. 4c/aa; ATMC 12 n° 2 consid. 2b; ATMC 12 n° 21 consid. 5c). Une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable ; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation mais aussi dans son résultat (ATF 148 IV 409 consid. 2.2; 146 IV 88 consid. 1.3.1; 145 IV 154 consid. 1.1). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (cf. ATF 150 I 50 consid. 3.3.1; 149 IV 231 consid. 2.4; 148 IV 409 consid. 2.2; 147 IV 73 consid. 4.1.2).

2.2 En l'espèce, le Tribunal militaire d'appel 1 a tout d'abord tenu pour constant le fait que le recourant et ses co-accusés étaient les supérieurs hiérarchiques des soldats de l'ER inf 2-1 2018 promus lors de la soirée du 6 avril 2018. De même était-il constant qu'au cours de cette soirée, une vingtaine de ces soldats, à tout le moins, avaient subi des coups. A cet égard, les juges précédents ont souligné que les constatations du Dr E. _____ faisaient sans équivoque état de nombreux hématomes, contusions et de douleurs vives au niveau du haut du corps et de la cage thoracique, notamment sur les côtes. Certains hématomes présentaient des dimensions importantes et des soldats se sont plaints de douleurs persistantes durant au moins une semaine. En outre, de nombreuses dispenses ont dû être délivrées.

2.3 S'agissant du déroulement des faits, il ressort du jugement attaqué que le Tribunal militaire d'appel 1 a essentiellement forgé sa conviction sur la base de déclarations des différents soldats entendus par le Juge d'instruction et par la police militaire en date des 16 et 18 avril 2018, soit une dizaine de jours après les faits.

A teneur de celles-ci, les soldats de la compagnie concernée ont tous relevé avoir été frappés à plusieurs reprises par la plupart des cadres présents dans cette même salle de théorie, notamment par les accusés, soit entre autres par le recourant (jugement du Tribunal militaire 1 du 27 janvier 2023, ch. 15, p. 8). L'un des soldats entendus avait fait état, de coups "*méchants et de rancune*", dénotant une "*volonté de faire mal*", assénés en particulier par le recourant. Un autre encore avait exposé que "*certaines coups [avaient] été portés pour faire mal*", mentionnant un coup asséné par le recourant avec "*le poing fermé tenant un briquet*" avec une intensité "*extrêmement forte*" (ibid., ch. 15 p. 9). Toujours à propos du recourant,

un autre soldat avait rapporté que celui-ci l'avait frappé "*fort fort fort*" et l'avait fait "*partir en arrière*", précisant que "*dès que le Lt X. _____ l'avait frappé, [il s'était] dit que ça allait trop loin, que les coups étaient déraisonnables*" (loc. cit.). A cela s'ajoutait encore les propos d'un autre soldat, qui avait rapporté que "*ceux qui [avaient] pris des coups de [deux des accusés dont le recourant] [avaient] pris vraiment cher*" (loc. cit.). Un autre soldat concerné avait également cité le nom du recourant parmi "*les cadres qui, à [son] goût, [avaient] dépassé les bornes*" (loc. cit.). Plusieurs autres témoignages pointaient encore les coups violents portés par le recourant (ibid., ch. 15, p. 10), l'ensemble des témoignages dépeignant de manière concordante le fait que les cadres concernés s'étaient succédé pour porter des coups aux soldats qui venaient de recevoir leur insigne.

Le Tribunal militaire d'appel 1 a également relevé que les déclarations des soldats auxquelles il se référait étaient corroborées par celles de deux sergents, en attribuant à ces dernières une force probante accrue dès lors qu'elles émanaient de deux cadres de la compagnie qui avaient été témoins des faits sans avoir été lésés ni mis en cause d'une quelconque manière. Ainsi, à teneur du jugement de première instance, l'un de ces deux sergents avait insisté sur le caractère "*inadmissible*" du déroulement de la soirée du 6 avril 2018, en précisant n'avoir jamais vécu une telle violence lors de sa propre remise de grade durant son école de recrue en 2010. Il avait constaté que des soldats avaient reculé de 40 cm à cause de la puissance des coups portés. Selon les dires du même sergent, le recourant avait pris "*un malin plaisir à donner des coups*". Toujours selon ses déclarations, les cadres se présentaient devant les soldats de manière aléatoire et il n'y avait plus aucune structure militaire, le même ajoutant : "*c'était un peu à qui voulait taper, tapait*". Selon ses dires, quasiment tous les cadres avaient le sourire lors de cette cérémonie. Le même avait encore ajouté qu'il avait vu le recourant qui "*cherchait les soldats après la cérémonie pour leur mettre un coup*" (jugement du Tribunal militaire 1 du 27 janvier 2023, ch. 16, p. 10 s.). Le second sergent avait pour sa part, s'agissant des officiers, vu deux lieutenants dont le recourant donner des coups "*assez forts*" sur les soldats, qui étaient "*presque passés par-dessus la table*" (ibid., ch. 17, p. 11).

En outre, tout en donnant acte aux accusés de ce que les différentes versions recueillies durant l'instruction ne permettaient pas d'établir un déroulement des faits précis, les juges précédents ont retenus, sur la base des déclarations jugées crédibles et cohérentes des militaires lésés ou simples témoins, que les accusés, dont le recourant, avait tous, à un moment ou à un autre de la soirée, asséné des coups particulièrement fort à des soldats qui leur étaient subordonnés.

2.4 Le recourant objecte en substance que différents soldats sont largement revenus sur leurs premières déclarations, telles que rapportées plus haut, en particulier lors d'audiences de confrontation à l'automne 2020. Il fait ainsi valoir que différents soldats sont revenus sur les déclarations qui l'incriminent personnellement.

Il ressort cependant du jugement attaqué, respectivement du jugement de première instance, que plusieurs soldats ont fermement maintenu, y compris en audience de confrontation, avoir subi des frappes très fortes, rancunières et inacceptables de la part du recourant notamment (ibid., ch. 34 à 37, p. 17 s. et consid. VIIIc, p. 33). On ne saurait au demeurant reprocher aux

juges précédents d'avoir versé dans l'arbitraire en accordant davantage de poids aux déclarations faites peu de temps après la soirée litigieuse, plutôt qu'à d'autres, étant intervenues plus de deux ans ultérieurement. De surcroît, les témoignages des deux sergents subsistent en tout état de cause. Dans cette mesure, on ne discerne pas en quoi les juges précédents auraient arbitrairement omis de prendre en compte ou arbitrairement apprécié les déclarations dont le recourant se prévaut. Il échoue en tous les cas à mettre en évidence une appréciation des faits qui serait insoutenable. En outre, au vu des différents éléments mis en évidence, on ne voit pas que le Tribunal militaire d'appel 1 aurait versé dans l'arbitraire en ne faisant que peu de cas d'un témoignage évoquant une affaire "*partie d'un soldat qui avait des problèmes de disciplines et qui avait voulu se venger des cadres*". Une telle thèse s'avère manifestement en porte-à-faux avec le nombre de soldats lésés lors de la soirée litigieuse. Il s'ensuit le grief s'avère mal fondé.

Pour le reste, le grief du recourant traduit dans une large mesure une démarche par laquelle il tente en réalité de substituer sa propre appréciation des éléments du dossier à celle des juges précédents. Ainsi et à cet égard, le grief s'avère pour le surplus appellatoire et, partant, irrecevable.

En définitive, le grief doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

3.

Le recourant conteste ensuite sa condamnation en qualité de coauteur de l'infraction de voies de fait sur la personne d'un subordonné au sens de l'art. 71 CPM. Outre qu'il conteste avoir porté des coups disproportionnés, il fait grief au Tribunal militaire d'appel 1 d'avoir retenus les mêmes faits contre tous les accusés, alors qu'il lui revenait de distinguer les différents éléments susceptibles d'être retenus contre chacun d'entre eux, de manière individuelle.

3.1

3.1.1 Aux termes de l'art. 71 CPM, quiconque se livre à des voies de fait sur la personne d'un subordonné ou d'un inférieur, ou menace un subordonné ou un inférieur est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). L'infraction est punie disciplinairement si elle est de peu de gravité (al. 2).

L'art. 71 CPM est conçu comme une infraction de lésion et de résultat contre la vie et l'intégrité corporelle, respectivement comme une infraction de mise en danger abstraite contre la liberté (FLACHSMANN/FLURI/ISENRING/MAURER/WEHRENBURG, *Tafeln zum Militärstrafrecht*, 4^e éd. 2019, p. 134). Dans la mesure où la disposition figure parmi les infractions réprimant l'abus des pouvoirs conférés par le service (art. 66 à 71 CPM), elle protège, d'une manière générale, la discipline militaire (ibid.).

L'art. 71 CPM définit un délit propre, qui ne peut être commis que par un supérieur hiérarchique agissant à l'encontre d'un subordonné. La notion de voies de fait se conçoit de la même manière que pour l'art. 126 CP (ibid.). Celles-ci se définissent comme des atteintes physiques qui excèdent ce qui est socialement toléré et qui ne causent ni lésions corporelles, ni dommages à la santé. Une telle atteinte peut exister même si elle n'a causé aucune douleur

physique (ATF 134 IV 189 consid. 1.2; arrêts 6B_1257/2024 du 18 juin 2024 consid. 2.1.2; et les références citées). L'atteinte au sens de l'art. 126 CP suppose une certaine intensité (arrêt 6B_1257/2024 précités consid. 2.1.2 et les références citées). Peuvent être qualifiées de voies de fait, une gifle, un coup de poing ou de pied, de fortes bourrades avec les mains ou les coudes (ibid.).

Sur le plan subjectif, l'art. 71 CPM réprime une infraction de nature intentionnelle, le dol éventuel étant suffisant (ibid.).

3.1.2 Est coauteur celui qui, intentionnellement et de manière déterminante, collabore avec d'autres personnes à la décision de commettre une infraction, à son organisation ou à son exécution, au point d'apparaître comme l'un des participants principaux. Il faut que, d'après les circonstances du cas concret, la contribution du coauteur apparaisse essentielle à l'exécution de l'infraction. La seule volonté quant à l'acte ne suffit pas. Il n'est toutefois pas nécessaire que le coauteur ait effectivement participé à l'exécution de l'acte ou qu'il ait pu l'influencer. La coactivité suppose une décision commune, qui ne doit cependant pas obligatoirement être expresse, mais peut aussi résulter d'actes concluants, le dol éventuel quant au résultat étant suffisant. Il n'est pas nécessaire que le coauteur participe à la conception du projet, auquel il peut adhérer ultérieurement. Il n'est pas non plus nécessaire que l'acte soit prémédité ; le coauteur peut s'y associer en cours d'exécution. Ce qui est déterminant, c'est que le coauteur se soit associé à la décision dont est issue l'infraction ou à la réalisation de cette dernière, dans des conditions ou dans une mesure qui le font apparaître comme un participant non pas secondaire, mais principal (ATF 149 IV 57 consid. 3.2.2; 135 IV 152 consid. 2.3.1; 130 IV 58 consid. 9.2.1).

Lorsque les conditions de la coactivité sont réalisées, chaque protagoniste répond pour ce que les autres ont fait, tout se passant comme s'il avait accompli lui-même l'ensemble des actes d'exécution de l'infraction considérée; cette imputation réciproque des contributions des différents coauteurs rendant sans objet la question de la causalité (naturelle) de chacune d'entre elles prise isolément (ATF 120 IV 17 consid. 2d; 109 IV 161 consid. 4b et les arrêts cités; arrêt 6B_1271/2015 du 29 juin 2016 consid. 3.3.3 et les références citées; BERNHARD STRÄULI, in: Commentaire romand, Code pénal I, 2^e éd. 2021, n° 108 ad Intro. art. 24 à 27 CP). La figure de la coactivité implique ainsi un allègement du fardeau de la preuve en ce qui concerne les contributions individuelles des coauteurs, mais non en ce qui concerne la décision de commettre l'infraction (ATF 143 IV 361 consid. 4.10).

3.2 En l'espèce, il sied tout d'abord de relever que les critiques du recourant reposent, là encore, dans une très large mesure sur sa propre présentation des faits. Elles sont ainsi, dans cette très large mesure, appellatoires et irrecevables. Tel est en particulier le cas lorsqu'il soutient que ses coups étaient proportionnés et donnés sans intention de blesser et qu'il y avait matière à individualiser son propre cas.

En tout état, c'est en vain que le recourant semble contester la qualification de voies de fait au sens de l'art. 71 CPM. Les coups constatés sans arbitraire par les juges précédents permettant à l'évidence de retenir une telle qualification sans violer le droit, la question de

savoir si et dans quelle mesure la qualification de lésions corporelles (cf. *supra* B.d) n'aurait pas dû être retenue n'entrant plus en ligne de compte, ne serait-ce qu'en raison de l'interdiction de la *reformatio in pejus*.

Quoi qu'il en soit, c'est en vain également que le recourant soutient qu'il n'y aurait eu aucune concertation entre les militaires impliqués ou, en invoquant le témoignage d'un des deux sergents, qu'il n'y avait plus de structure militaire lors du déroulement des événements. En effet, considérées dans leur ensemble, les déclarations mises en évidence par le Tribunal militaire d'appel 1 révèlent un comportement analogue des cadres incriminés, qui ont tous, à un moment ou à un autre de la soirée, porté des coups, dans le cadre du même événement. Le jugement attaqué évoque également le fait que les chefs de section se sont répartis les soldats. Il y est en outre indiqué que l'instruction avait fait ressortir que les soldats avaient dû se soumettre au déroulement de la soirée et que les cadres avaient pris soin de tenir une forme de suspense sur le contenu de la cérémonie. Le fait que le jugement attaqué n'évoque pas de manière explicite une concertation exprès entre les accusés n'y change rien. Sur la base des faits constatés, le Tribunal militaire d'appel 1 était fondé à considérer l'existence d'une décision commune des accusés, dont le recourant, à tout le moins par actes concluants, de porter des coups violents aux soldats qui venaient de recevoir leur grade. Dans cette mesure aussi, les mêmes éléments, ainsi que sa qualité de chef de section et l'influence qui était la sienne à ce titre, permettaient aux juges précédents, sans violer le droit, de retenir que le recourant devait être qualifié de participant principal. Au surplus, lorsqu'il fait valoir que la procédure n'aurait pas déterminé précisément qui avait fait quoi et en quel endroit, le recourant semble perdre de vue que, comme souligné plus haut, chaque co-auteur répond pour le tout.

Sur ces points également, les griefs du recourant s'avèrent en conséquence mal fondés et doivent être rejetés. On doit au contraire retenir que les juges précédents ont retenus la réalisation des éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'art. 71 CPM, ainsi que la participation du recourant en qualité de coauteur, sans violer le droit.

4.

Par surabondance et quand bien même aucun grief correspondant n'est soulevé devant la cour de céans, on peut brièvement relever que le jugement entrepris comporte une motivation claire et convaincante qui visait à répondre à l'argument soulevé en instance précédente selon lequel les lésés avaient consentis aux coups qui leur avaient été infligés (sur la notion de consentement du lésé en tant que fait justificatif extra-légal ["volenti non fit injuria"], cf. art. 15 CPM, art. 14 CP; cf. aussi notamment ATF 124 IV 258 consid. 2; arrêt 6B_788/2015 du 13 mai 2016 consid. 3.1; GILLES MONNIER, in: Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd. 2021, n° 67 ss ad art. 14 CP). Avec les juges précédents, on doit notamment relever que, dans la mesure où l'art. 71 CPM vise en particulier la protection de la discipline militaire (cf. *supra* consid. 3.1.1), le consentement n'entre pas en ligne de compte. La disposition protège en effet, sous cet angle, un bien juridique de nature collective qui n'est pas, à ce titre, disponible (cf. ATF 131 IV 1 consid. 4; 100 IV 155 consid. 4; GILLES MONNIER, op. cit. n° 69 ad art. 14 CP).

Cela étant, les juges précédents ont pertinemment mis en exergue, en s'appuyant sur une réponse du Conseil fédéral à une question parlementaire, qu'il y avait lieu de désapprouver fermement les bizutages dans l'armée en tant qu'ils portaient sur des pratiques humiliantes, voire dangereuses. Aussi les juges précédents ont-ils relevés à juste titre, toujours en citant la même réponse du Conseil fédéral, qu'à teneur du Règlement de service de l'armée du 22 juin 1994 (RSA; RS 510.107.0), les supérieurs ne devaient donner aucun ordre visant à offenser la dignité humaine (ch. 79.3). Ils ont encore relevé, toujours sur cette même base, que la valorisation et le respect à l'égard des être humains et de leur dignité devaient figurer au centre de la formation des cadres (cf. Conseil fédéral, Réponse à la question 08.1063 "Armée. Halte aux bizutages humiliants et dangereux" déposé au Conseil national par le conseiller Josef Lang en date du 13 juin 2008 [www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefftAffairId=20115478]).

Il a certes été retenu qu'il existait, au sein de l'infanterie, une longue tradition en matière de remise de grade, laquelle voulait notamment que, lors de la cérémonie de promotion, le militaire promu reçoive de son supérieur une frappe sur l'insigne de grade nouvellement remis. Or, à cet égard également, le Tribunal militaire d'appel 1 a souligné à juste titre que, sous couvert d'une tradition – dont le principe n'a pas à être remis en question tant il est vrai que la dimension symbolique d'une remise de grade mérite qu'on y consacre une cérémonie solennelle –, il ne pouvait être admis que des supérieurs puissent laisser une situation dégénérer et se sentir légitimés à adopter un comportement donnant lieu à l'intervention du médecin de troupe ainsi qu'à la délivrance de nombreuses dispenses. Toujours à bon droit, les juges précédents ont également relevé que les actes incriminés avaient manifestement porté atteinte à la personnalité des militaires lésés, en violation évidente du RSA, en ce qu'il impose aux supérieurs, en particulier à son ch. 79.3, de respecter la dignité des subordonnés.

En définitive, la cour de céans fait ainsi sienne la volonté de souligner le fait que les traditions au sein de l'armée doivent certes être préservées, mais que celles-ci ne sauraient être dénaturées au point que l'on en vienne à adopter des comportements constitutifs d'infractions, tels que celle commise dans la présente cause.

5.

Cela étant, le recourant soutient encore, à titre subsidiaire, que seul le cas de peu de gravité au sens de l'art. 71 al. 2 CPM devrait être retenu en ce qui le concerne.

5.1 Selon la jurisprudence, pour que l'on puisse admettre l'infraction de peu de gravité, il faut qu'elle apparaisse comme telle sur le plan de la culpabilité, des mobiles, des circonstances personnelles et de la conduite militaire de l'auteur, ainsi que sous l'angle de la discipline de service. Le cas doit être de peu de gravité tant subjectivement qu'objectivement. Le tribunal est tenu d'apprécier et de motiver l'ensemble des circonstances prises en considération pour déterminer s'il y a lieu de considérer l'existence d'un cas de peu de gravité. Une appréciation d'ensemble s'impose dans tous les cas. (ATMC 14 n° 1 consid. 2.2; ATMC 14 n° 29 consid. 3 et 4; ATMC 13 n° 3 consid. 3 et les réf. citées).

5.2 En l'espèce, les faits constatés sans arbitraire par les juges précédents mettent en exergue

des actes qui, comme cela vient d'être mis en exergue, ne sauraient être tolérées dans l'armée et dont l'ampleur exclut de retenir le cas de peu de gravité. Ce pan des griefs du recourant s'avère lui aussi mal fondé.

6.

Au vu de ce qui précède, le pourvoi en cassation doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

Le recourant, qui succombe, supporte les frais.

(TMC 943, 22 novembre 2024, accusé contre Tribunal militaire d'appel 1)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

9

Art. 77 Ziff. 1 Abs. 2 MStG; leichter Fall einer Verletzung des Dienstgeheimnisses

Um einen leichten Fall des Tatbestands von Art. 77 Ziff. 1 MStG anzunehmen, muss dieser sowohl hinsichtlich des Verschuldens, der Motivlage, der persönlichen Umstände und der militärischen Führung des Täters wie auch unter dem Gesichtspunkt der dienstlichen Disziplin leicht erscheinen. Der Fall muss sich subjektiv wie objektiv als leicht erweisen. Die genannten Kriterien sind auch bezüglich einer Tatbestandsverwirklichung durch einen Angehörigen des Grenzwachtkorps massgeblich (E. 4.1.2). Leichter Fall *in casu* angenommen (E. 4.2).

Art. 77 ch. 1 par. 2 CPM ; violation du secret de service de peu de gravité

Pour que l'on puisse admettre que l'infraction de l'art. 77 ch. 1 CPM est de peu de gravité, il faut qu'elle apparaisse comme telle sur le plan de la culpabilité, des mobiles, des circonstances personnelles et de la conduite militaire de l'auteur, ainsi que sous l'angle de la discipline de service. Le cas doit être de peu de gravité tant subjectivement qu'objectivement. Ces critères sont également valables pour apprécier la gravité de l'infraction commise par un membre du corps des gardes-frontière (consid. 4.1.2). Cas de peu de gravité admis en l'espèce (consid. 4.2).

Art. 77 n. 1 cpv. 2 CPM; caso poco grave di violazione del segreto di servizio

L'esistenza di un caso poco grave del reato di cui all'art. 77 n. 1 CPM presuppone che la violazione risulti poco grave sul piano della colpa, dei motivi, delle circostanze personali e della condotta militare dell'autore, così come sul piano della disciplina di servizio. Il caso deve essere poco grave sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo. Questi criteri valgono anche per valutare la gravità di una violazione commessa da un membro del Corpo delle guardie di confine (consid. 4.1.2). Caso poco grave ammesso nel caso di specie (consid. 4.2).

Il résulte du dossier :

A.

Le sgt X._____ travaille comme garde-frontière depuis juin 2017.

Le 26 novembre 2019, sur requête du Ministère public du canton du Valais, l'Auditeur en chef a ordonné l'ouverture d'une enquête ordinaire contre le prénommé, pour violation du secret de service.

Le 24 juin 2022, le Tribunal militaire 1 a entendu le sgt X._____ et la maj A._____, cheffe de douanes Vaud, comme témoin. Le même jour, il a acquitté le sgt X._____ de l'infraction de violation du secret de service, l'a reconnu coupable d'une violation du secret de service de peu de gravité et a renvoyé la cause aux autorités compétentes au sens de l'art. 2 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers ; RS 172.220.111.3) pour l'ouverture d'une procédure disciplinaire.

B.

L'auditeur de la Région d'auditeurs 1 a déféré ce jugement au Tribunal militaire d'appel 1, qui a entendu le sgt X._____, la fiancée de celui-ci, ainsi que le plt B._____, chef d'unité, le 13 octobre 2023.

Par jugement du 13 octobre 2023, le Tribunal militaire d'appel 1 a rejeté l'appel de l'auditeur et a confirmé le dispositif du jugement du Tribunal militaire 1.

Le Tribunal militaire d'appel 1 a retenu en substance les faits suivants :

[...]

C.

L'auditeur s'est pourvu en cassation contre le jugement du 13 octobre 2023.

Dans sa motivation écrite du 1^{er} juillet 2024, l'auditeur a conclu à l'annulation du jugement du 13 octobre 2023 et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision au sens des considérants.

Le 10 juillet 2024, X._____ – agissant par l'intermédiaire de son défenseur – a conclu au rejet du pourvoi en cassation et a demandé une indemnité pour ses frais d'avocat.

Le Président du Tribunal militaire d'appel 1 a renoncé à se déterminer et s'est intégralement référé aux considérants du jugement du 13 octobre 2023.

Le 22 juillet 2024, l'auditeur a demandé un second échange d'écritures.

Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné.

Considérant :

2.

2.1 Le Tribunal militaire de cassation n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il est lié par les constatations de fait du jugement entrepris. En application de l'art. 185 al. 1 let. f PPM, le Tribunal militaire de cassation n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité précédente. Il n'est pas un juge du fait et ne contrôle le jugement attaqué que sous l'angle de l'arbitraire (ATMC 15 n° 2 consid. 3.1 et les références citées).

2.2 Dans son pourvoi, notamment dans l'argumentation développée aux chiffres 25 à 42, l'auditeur présente une version des faits fondée sur sa propre appréciation des preuves. Ce faisant, il s'écarte sur de nombreux points des constatations de l'autorité précédente et introduit différents éléments qui ne ressortent pas du jugement attaqué. L'auditeur ne soulève toutefois aucunement le grief d'arbitraire dans l'établissement des faits ou l'appréciation des preuves au sens de l'art. 185 al. 1 let. f PPM. Pour le reste, nonobstant ce que demande l'auditeur dans son écriture du 22 juillet 2024, on ne saurait procéder à un second échange d'écritures (art. 189 al. 1 PPM) afin qu'il puisse parfaire son pourvoi ou apporter des explications complémentaires sur la recevabilité de cette argumentation. Dans cette mesure, son pourvoi est irrecevable.

Il en va de même s'agissant des allégations comprises dans la réponse de l'intimé, par lesquelles ce dernier mentionne divers éléments découverts selon lui en cours d'instruction à propos de D._____, ou entend répondre aux développements de l'auditeur en s'écartant des constatations de l'autorité précédente.

Dès lors, le Tribunal militaire de cassation s'en tiendra aux faits tels qu'établis par l'autorité précédente.

3.

Il n'est pas contesté entre les parties que l'intimé a méconnu l'obligation de discrétion de l'art. 77 ch. 1 du Code pénal militaire (CPM ; RS 321.0), à laquelle il était astreint, en transmettant à un tiers – sans raison valable – des données sensibles du registre RIPOL auxquelles il avait eu accès en sa qualité de garde-frontière. Dénonçant une violation de la loi pénale (art. 185 al. 1 let. d PPM), l'auditeur reproche à l'autorité précédente d'avoir retenu un cas de peu de gravité au sens de l'art. 77 ch. 1 par. 2 CPM, tant objectivement que subjectivement.

3.1 Selon l'art. 77 ch. 1 CPM, quiconque révèle un secret à lui confié en sa qualité de militaire ou de fonctionnaire, ou dont il a eu connaissance à raison de sa situation militaire ou de sa fonction ou en tant qu'auxiliaire d'un tel détenteur de secret, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

L'infraction est punie disciplinairement si elle est de peu de gravité.

3.1.1 Le Tribunal militaire de cassation a exposé dans son arrêt du 14 mars 2019, publié in ATMC 14 n° 21, les conditions d'application de l'art. 77 ch. 1 CPM. Il a rappelé que cette disposition consacre un délit propre pur, qui protège les faits qui ne sont pas publics ni connus de tous avant leur révélation, pour autant qu'il existe un intérêt digne de protection au maintien du secret du point de vue de la défense nationale ou de la sphère privée des personnes concernées (secret de fonction, secret de service ou protection de la vie privée).

L'acte répréhensible consiste en la révélation d'un secret. Pour cela, l'auteur doit communiquer le secret à un tiers ou permettre à celui-ci d'en prendre connaissance. Peu importe le moyen utilisé. Un secret peut être révélé même si le destinataire en a déjà connaissance ou soupçonne l'information, car ses connaissances peuvent être complétées ou renforcées (ATMC 14 n° 21 consid. 3g). Le fait de révéler si une personne est ou non mentionnée dans une base de données de la police est un secret protégé (cf. arrêts TF 6B_825/2019 et 6B_845/2019 du 6 mai 2021 consid. 5.3.3 ; 6B_1192/2014 du 24 avril 2015 consid. 4.4.2 et les références citées, en lien avec l'art. 320 du Code pénal suisse [CP ; RS 311.0]).

3.1.2 Pour que l'on puisse admettre que l'infraction est de peu de gravité, il faut qu'elle apparaisse comme telle sur le plan de la culpabilité, des mobiles, des circonstances personnelles et de la conduite militaire de l'auteur, ainsi que sous l'angle de la discipline de service. Le cas doit être de peu de gravité tant subjectivement qu'objectivement. Un cas de peu de gravité peut exceptionnellement être admis lorsque des éléments d'une certaine gravité sont compensés par d'autres circonstances particulièrement légères (ATMC 15 n° 2 consid. 3.2.1 et les références citées ; FLACHSMANN ET AL., Droit disciplinaire militaire, 6^e éd. 2022, n° 43).

La condition subjective du cas de peu de gravité au sens de l'art. 77 ch. 1 par. 2 CPM n'est par exemple pas remplie lorsqu'un juge d'instruction militaire, bénéficiant également dans sa profession civile d'une formation et d'une expérience judiciaire considérables, ne s'en tient pas strictement à son obligation de discrétion dans l'intérêt de la confiance due à sa fonction (ATMC 9 n° 176 consid. 8).

3.1.3 Selon l'art. 116 PPM, si l'auditeur admet que l'infraction est de peu de gravité, s'agissant d'un acte pour lequel le CPM prévoit cette éventualité, ou qu'il estime que l'acte commis constitue une simple faute disciplinaire, il rend une ordonnance de non-lieu et inflige une sanction disciplinaire (al. 2). L'auditeur peut prononcer toutes les sanctions disciplinaires. L'art. 183 al. 2 CPM est réservé pour les personnes faisant partie du corps des gardes-frontière ; le cas échéant, l'affaire est transmise à l'autorité compétente pour l'ouverture d'une procédure disciplinaire (al. 3).

Selon la jurisprudence, dans un cas de peu de gravité, s'agissant d'un acte pour lequel le CPM prévoit cette éventualité, il n'y a pas d'infraction pénale, mais une faute disciplinaire. Il en découle que la personne qui est sanctionnée disciplinairement pour un cas de peu de gravité doit être déclarée non coupable (ATMC 15 n° 2 consid. 4.1 et la référence citée).

3.2 Selon l'autorité précédente, l'intimé n'avait pas contesté que les éléments constitutifs de l'infraction de violation du secret de service au sens de l'art. 77 ch. 1 CPM fussent réalisés. La culpabilité de l'intimé devait cependant être qualifiée de faible à très faible. Dès lors, le cas pouvait être considéré comme un cas de peu de gravité au sens de l'art. 77 ch. 1 par. 2 CPM. Conformément à l'art. 149 al. 1 1^{ère} phrase et al. 2 PPM, l'intimé devait être acquitté pénalement et l'affaire transmise à l'autorité compétente en vue de l'ouverture d'une procédure disciplinaire.

Il ressort de la motivation de l'autorité précédente que l'intimé était un garde-frontière professionnel, qui connaissait parfaitement les prescriptions applicables en matière de consultation des données du registre RIPOL. Contrairement à ce qu'avait soutenu l'auditeur, cet élément, à lui seul, ne permettait toutefois pas d'exclure un cas de peu de gravité. L'interprétation défendue par l'auditeur, selon laquelle le cas de peu de gravité était réservé aux miliciens, ne trouvait de plus aucune assise dans la loi ou dans les travaux préparatoires. Dès lors, conformément à la jurisprudence, le cas de peu de gravité impliquait une appréciation de l'ensemble des circonstances. A cet égard, s'agissant de l'acte proprement dit, l'auditeur avait à juste titre relevé que la divulgation d'informations du registre RIPOL n'était pas un acte anodin. L'intimé n'avait cependant pas cherché à utiliser l'information recueillie à son avantage. Comme ce dernier l'avait répété tout au long de la procédure, son seul objectif avait été de protéger son frère, avec lequel il entretenait

une relation forte. Bien qu'étant le cadet de la fratrie, il avait – dans les faits – tenu le rôle de « grand frère » protecteur, son frère ayant toujours eu des problèmes dans la vie, notamment avec la justice. A la lecture des messages « WhatsApp » de son frère du 31 juillet 2019, l'intimé avait tout de suite pensé que celui-ci s'était trouvé à nouveau mêlé à une affaire louche et avait des ennuis. Durant les 40 minutes de réflexion prises avant de répondre à son frère, il avait eu le temps d'imaginer le pire. Confronté à cette situation, l'intimé n'avait pas pu concevoir ne pas réagir et avait pris la décision de privilégier les liens du sang au détriment de ses devoirs de service. Rétrospectivement, l'intimé avait réalisé qu'il eût dû se contenter de dire à son frère de se méfier de la personne concernée s'il avait un doute. Sur le moment, l'intimé n'y avait toutefois pas pensé, n'envisageant que la situation potentiellement dangereuse dans laquelle son frère se trouvait.

L'autorité précédente a encore pris en considération le caractère très succinct des informations transmises. L'intimé n'avait pas fourni une capture d'écran (« *printscreen* ») de sa recherche, ni communiqué d'autres informations concernant D._____. Il n'avait pas davantage procédé à des recherches dans d'autres registres, comme RUMACA (système d'information pour la documentation des activités du corps des gardes-frontière), qui auraient permis de savoir que le pré-nommé faisait l'objet d'une mesure de surveillance. Aussi, l'autorité précédente a considéré que la violation du secret de service se situait au bas de l'échelle des comportements tombant sous le coup de la loi. Elle a encore relevé que l'intimé ne pouvait revendiquer – au moment des faits – que deux années de service. Si celui-ci disposait alors déjà de bonnes compétences techniques, il n'avait en revanche jamais été confronté et préparé au conflit de conscience qu'il avait dû gérer, ce qui atténuait sa culpabilité. Par ailleurs, les états de service de l'intimé étaient excellents. Celui-ci avait obtenu la note « très bien » dans le cadre de ses entretiens d'évaluation en 2020 et 2021. En 2021, l'intimé avait de plus été promu au poste de chef d'équipe, avec le grade de sergent, malgré l'existence de la présente procédure pénale. Il n'avait aucun antécédent disciplinaire ou judiciaire. Entendus comme témoins, ses supérieurs avaient enfin confirmé les prestations remarquables de l'intimé, considérant les faits qui lui étaient reprochés comme un acte isolé, dont la gravité devait être sensiblement relativisée. Le plt B._____ avait même déclaré que l'intimé était l'un des meilleurs collaborateurs qu'il avait eu à commander durant sa carrière.

3.3 L'auditeur soutient que les actes de l'intimé ne pouvaient être qualifiés de peu de gravité, tant objectivement que subjectivement.

Sur un plan objectif, l'auditeur rappelle que, le 31 juillet 2019, après avoir consulté des données très sensibles dans le registre RIPOL, l'intimé avait pris le temps de la réflexion pendant plusieurs minutes, puis indiqué à son frère que D._____ n'était pas sous mandat d'arrêt ou de recherche. L'intimé avait donc pris le risque qu'une personne se sachant ou se croyant recherchée apprit qu'elle pouvait franchir les frontières suisses. Pour un trafiquant de stupéfiants, cette information était décisive. Dès lors, sur un plan objectif, l'intimé avait compromis la sécurité des données du registre RIPOL auxquelles il avait accès grâce aux devoirs de sa charge. Le fait que l'intimé n'eût pas consulté la base de données RUMACA était par ailleurs dérisoire et n'apparaissait pas comme un élément à décharge, non plus que le fait qu'il n'eût pas documenté sa recherche avec un « *printscreen* ».

Sur un plan subjectif, l'auditeur fait valoir qu'il ne pouvait échapper à un garde-frontière, même à celui n'ayant que quelques années d'expérience, que les données très sensibles du registre RIPOL devaient rester secrètes pour être efficaces. L'intimé avait d'ailleurs pris le temps de la réflexion et n'avait pas agi sur un coup de tête. Son frère n'avait exercé aucune pression sur lui ni n'avait invoqué une urgence. Les mobiles de l'intimé n'avaient en outre rien d'honorables, mais relevaient de la désinvolture ou du mépris envers les devoirs de sa charge et la confiance placée en lui par l'administration fédérale.

Bien que le législateur eût réservé à l'art. 77 ch. 1 par. 2 CPM un cas de peu de gravité, par exemple pour de très jeunes miliciens ayant possiblement accès à des secrets dans l'exercice d'un service obligatoire, l'auditeur soutient que l'homme de métier, assermenté, ne pourrait s'en prévaloir que dans des hypothèses particulièrement favorables.

Enfin, invoquant l'égalité de traitement entre les personnes soumises au droit pénal civil et celles répondant au droit pénal militaire, l'auditeur affirme que toutes les violations de secrets commises par un *intra-neus* seraient – dans le droit pénal civil – sanctionnées délictuellement. Dès lors, un policier fédéral ayant adopté le même comportement que l'intimé eût été sanctionné pénalement en application de l'art. 320 CP. Un agent des douanes ne revêtant pas l'uniforme eût également été condamné. Or, selon l'auditeur, le législateur n'avait certainement pas voulu que seuls les gardes-frontière fussent susceptibles d'être déclarés non coupables et punis seulement disciplinairement. Il soutient dès lors que le cas de peu de gravité de l'art. 77 ch. 1 CPM devrait être réservé à des circonstances exceptionnelles, lesquelles feraient ici défaut.

3.4 Dans sa réponse, l'intimé relève que l'infraction de violation du secret de service au sens de l'art. 77 CPM est – par définition – grave. Selon lui, le législateur a cependant considéré que, parmi ces comportements graves, certains l'étaient relativement moins et pouvaient par conséquent être sanctionnés disciplinairement.

A cet égard, l'intimé rappelle qu'il avait le grade de caporal en juillet 2019, qu'il exerçait alors sa profession depuis deux ans et n'avait aucune responsabilité de commandement. Avant de rejoindre le corps des gardes-frontière, il était pâtissier-confiseur. L'intimé n'avait donc jamais été confronté ni préparé au conflit de conscience qu'il avait dû gérer. A l'inverse, les corps de police, par exemple, dispensaient des cours de déontologie et d'éthique afin de préparer les agents à de tels conflits de conscience et de leur permettre de les résoudre.

L'intimé souligne encore que son comportement a été limité dans le temps et a consisté en un très bref instant d'égaré. Ce comportement s'expliquait par les circonstances tout à fait particulières dans lesquelles l'infraction était survenue. Cette violation de l'art. 77 ch. 1 CPM n'était par conséquent en rien comparable à celle d'un juge d'instruction ayant violé son obligation de discrétion pendant plusieurs années et par des comportements répétés, telle que celle jugée dans l'arrêt publié aux ATMC 9 n° 176.

4.

4.1 Il convient tout d'abord de répondre au grief de l'auditeur, aux termes duquel l'autorité précédente aurait méconnu le fait que les gardes-frontières bénéficieraient – en vertu de l'application donnée par celle-ci de l'art. 77 ch. 1 par. 2 CPM – d'un « traitement plus favorable » que celui réservé aux membres de la police fédérale ou aux agents des douanes « ne revêtant pas l'uniforme ».

4.1.1 Conformément à l'art. 15 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF ; RS 170.32), une autorisation du Département fédéral de justice et police est nécessaire pour ouvrir une poursuite pénale contre des fonctionnaires en raison d'infractions en rapport avec leur activité ou leur situation officielle, exception faite des infractions en matière de circulation routière (al. 1). Lorsqu'une infraction et les conditions légales de la poursuite pénale paraissent réalisées, l'autorisation ne peut être refusée que dans les cas de peu de gravité et si, au vu de toutes les circonstances, une mesure disciplinaire du coupable paraît suffisante (al. 3).

La doctrine considère que l'art. 15 al. 1 LRCF s'applique en cas d'infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels (art. 312-322^{bis} CP ; GUILLAUME LAMMERS, Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, n° 27 ad art. 162 Cst.).

Dans les cas de peu de gravité au sens de l'art. 15 al. 3 LRCF, la décision de ne pas autoriser la poursuite pénale vise notamment à éviter une double sanction – pénale et disciplinaire – pour les agents de la Confédération (ATF 139 IV 161 consid. 2.3 ; MORITZ VON WYSS, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4^e éd. 2023, n° 14 ad art. 162 Cst.). Si cette autorisation est refusée, il en résulte un empêchement de procéder au sens des art. 310 al. 1 let. b, 319 al. 1 let. d et 329 al. 1 du Code de procédure pénale suisse (CPP ; RS 312.0). Ainsi, en cas d'infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels de peu de gravité, les agents de la Confédération, tels que les policiers fédéraux, se trouvent dans la même situation que les gardes-frontière (art. 77 ch. 1 par. 2 CPM) ; ils seront punis disciplinairement (art. 25 de la loi sur le personnel de la Confédération [LPers ; RS 172.220.1] et art. 99 ss OPers). Le cadre ainsi fixé garantit une application uniforme et cohérente des infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels de peu de gravité sur le plan fédéral.

On ajoutera encore que les cantons peuvent subordonner à l'autorisation d'une autorité non judiciaire l'ouverture d'une poursuite pénale contre des policiers, pour des crimes ou des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions (cf. art. 7 al. 2 let. b CPP ; ATF 137 IV 269 consid. 2.1 et 2.7).

4.1.2 C'est ainsi à juste titre que l'autorité précédente a considéré que, pour que l'on puisse admettre que l'infraction de violation du secret de service est de peu de gravité (art. 77 ch. 1 par. 2 CPM), il n'y avait pas lieu de s'écarter des conditions habituelles posées par la jurisprudence. Il faut que l'infraction apparaisse comme telle sur le plan de la culpabilité, des mobiles, des circonstances personnelles et de la conduite militaire de l'auteur, ainsi que sous l'angle de la discipline de service (cf. supra consid. 3.1.2). Si le législateur avait souhaité réserver l'application de l'art. 77 ch. 1 par. 2 CPM à des circonstances « exceptionnelles », comme le soutient l'auditeur, il l'aurait expressément indiqué, comme il l'a fait à l'art. 172 ch. 2 CPM, en mentionnant un « cas de très peu de gravité ». Mal fondé, le grief de l'auditeur doit être rejeté.

4.2 Le Tribunal militaire de cassation revoit librement la question de droit concernant la qualification d'un cas de peu de gravité. Il reconnaît cependant un pouvoir d'appréciation à l'autorité précédente.

4.2.1 Il faut en premier lieu examiner dans quelle mesure le cas pouvait être qualifié de peu de gravité d'un point de vue objectif.

Sur le vu des faits constatés par l'autorité précédente, l'intimé a révélé à son frère que D._____ ne figurait pas dans le registre RIPOL. Il a donc méconnu une obligation de discrétion essentielle à l'accomplissement sans entrave des tâches de l'Etat, à la protection de la vie privée, ainsi qu'à la crédibilité du corps des gardes-frontière dans l'exercice de ses missions de protection et de surveillance. L'intimé n'a en revanche aucunement cherché à consulter d'autres bases de données qui auraient éventuellement pu contenir des informations plus complètes et potentiellement encore plus sensibles. Il n'a donc pas exploité pleinement les ressources à sa disposition.

En outre, après avoir indiqué à son frère le terme « négatif », l'intimé a ajouté que cela ne signifiait pas que D._____ n'était pas surveillé. Il a donc atténué immédiatement la portée de l'information partagée. Par conséquent, l'intimé a fourni à son frère une information d'une portée limitée. D._____ a d'ailleurs été arrêté lors d'un franchissement de la frontière suisse et a été jugé le 27 avril 2023.

4.2.2 En second lieu, d'un point de vue subjectif, il faut rappeler qu'au moment des faits, l'intimé ne pouvait revendiquer que deux années de service en tant que garde-frontière. S'il connaissait les règles applicables à la consultation du registre RIPOL, il n'avait encore jamais géré un cas de conscience pouvant se présenter durant la pratique professionnelle.

Comme l'a constaté l'autorité précédente de manière à lier le Tribunal militaire de cassation, l'intimé n'a jamais eu l'intention d'obtenir un quelconque avantage personnel, en particulier un bénéfice matériel ou financier. L'acte de l'intimé a procédé d'une intention de protection envers un membre de sa famille, qui s'inquiétait de savoir si D. _____ était connu des services de police et pouvait, pour ce motif, représenter une menace pour son intégrité physique. A l'époque des faits, l'intimé entretenait une relation forte avec son frère. Cette proximité le conduisait à prendre soin de lui face à des difficultés récurrentes.

Cette situation s'est d'ailleurs reflétée dans la teneur de la réponse de l'intimé à son frère. Le premier n'a ainsi pas fourni au second des détails spécifiques, mais a simplement écrit : « négatif ». Cette communication limitée confirme que l'intimé a choisi une certaine retenue et peut s'interpréter, dans les présentes circonstances, comme découlant d'une volonté de restreindre la portée de la violation de son secret de service. Dans ce contexte, l'autorité précédente pouvait juger, sans excéder son pouvoir d'appréciation, que l'acte devait être interprété comme l'erreur de jugement ponctuelle d'un jeune collaborateur aux prises avec un conflit de conscience opposant ses obligations professionnelles et sa volonté d'aider un frère dont il n'avait jamais pensé qu'il fût mêlé à une affaire de stupéfiants. Cette considération est essentielle pour apprécier la situation dans sa globalité et déterminer une réponse proportionnée.

Enfin, il convient de souligner qu'à la suite de l'ouverture de la procédure pénale, l'intimé a immédiatement admis son infraction, a pleinement collaboré à la procédure pénale militaire et a spontanément annoncé à ses supérieurs l'existence de la procédure pénale, sans chercher à minimiser sa faute. Interrogés, les supérieurs de l'intimé ont confirmé qu'ils avaient été mis au courant par celui-ci de la procédure pénale militaire. Ils ont ensuite relevé que l'acte de l'intimé demeurait isolé et n'était aucunement représentatif de sa conduite générale. Les deux supérieurs de l'intimé entendus par les tribunaux militaires ont ajouté que, depuis lors, celui-ci s'était comporté de manière exemplaire, ce qui ressort également de ses évaluations annuelles.

4.2.3 En conséquence, compte tenu de son pouvoir d'appréciation, l'autorité précédente n'a pas violé la loi pénale militaire en considérant que la violation du secret de service était – sur un plan objectif et subjectif – de peu de gravité au sens de l'art. 77 ch. 1 par. 2 CPM.

5.

Sur le vu de ce qui précède, le pourvoi en cassation de l'auditeur doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Compte tenu de son sort, les frais de la procédure doivent être mis à la charge de la Confédération (art. 183 al. 1 2^e phrase *cum* art. 193 PPM).

Les dépens de l'intimé – consistant dans une indemnité équitable pour ses frais d'avocat –, sont mis à la charge de la Confédération (art. 183 al. 3 et 117 al. 3 *cum* art. 193 PPM).

(MKG 944, arrêt du 22 novembre 2024, Auditeur contre Tribunal militaire d'appel 1)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

10

Art. 36 und 81 MStG; bedingter Strafvollzug, Militärdienstverweigerung (Kassationsbeschwerde des Auditors)

Auch hinsichtlich des Tatbestands der Militärdienstverweigerung und Desertion nach Art. 81 MStG ist die Frage des Aufschubs des Vollzugs der Strafe im Militärstrafrecht gleich wie im bürgerlichen Strafrecht zu behandeln. Der Richter hat eine Prognose darüber zu bilden, ob der Verurteilte den Militärdienst erneut verweigern wird. Der bedingte Strafvollzug kann dem Verurteilten nicht lediglich deshalb gewährt werden, weil er objektiv keine Möglichkeit mehr haben wird, den Militärdienst zu verweigern (E. 3).

Art. 36 et 81 CPM ; sursis à l'exécution de la peine, refus de servir (pourvoi en cassation par l'Auditeur)

La question du sursis doit être traitée de manière identique en droit pénal ordinaire et en droit pénal militaire, y compris en lien avec l'infraction de refus de servir au sens de l'art. 81 CPM. Le juge doit établir un pronostic sur le fait de savoir si le condamné risque de refuser à nouveau de servir à l'avenir. Le sursis à l'exécution de la peine ne saurait être systématiquement accordé lorsque le condamné n'a objectivement plus la possibilité de commettre un nouveau refus de servir (consid. 3).

Art. 36 e 81 CPM; sospensione condizionale della pena, rifiuto del servizio (ricorso per cassazione dell'Uditore)

La questione della sospensione condizionale della pena deve essere trattata in maniera identica nel diritto penale ordinario e nel diritto penale militare, compresi i casi concernenti il reato di rifiuto del servizio ai sensi dell'art. 81 CPM. Il giudice deve formulare una prognosi concernente il rischio che il condannato in futuro rifiuti nuovamente di prestare servizio. La sospensione dell'esecuzione della pena non può essere sistematicamente concessa al condannato solo perché questi oggettivamente non ha più la possibilità di commettere un nuovo rifiuto del servizio (consid. 3).

Il résulte du dossier :

A.

A.a X. _____ est né en 1993. Il vit en couple avec A. _____ depuis novembre 2023. Il est DJ dans un club et a des dettes à hauteur de 20'000 fr. environ.

X. _____ a été convoqué en 2011 à la journée d'information. L'autorité militaire cantonale l'a convoqué en vain au recrutement en 2013, le prénommé n'étant pas entré en service. Convoqué au recrutement à deux reprises en 2015 puis à quatre occasions en 2016, X. _____ n'est pas entré en service. Pour ces défauts successifs au recrutement, il a tout d'abord été sanctionné par une réprimande en 2013, puis a été condamné à l'amende à trois reprises entre 2015 et 2016.

Finalement, X. _____ ne s'est pas présenté au recrutement des 2 et 3 mai 2016, à Lausanne.

Le casier judiciaire du prénommé fait état d'une condamnation, en 2014, pour violation grave des règles de la circulation routière, d'une condamnation, en 2015, pour violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires, et d'une condamnation, en 2021, pour conduite d'un véhicule automobile malgré la caducité du permis de conduire à l'essai. En outre, X. _____ a été condamné, le 11 janvier 2023, à une peine pécuniaire ferme de 100 jours-amende ainsi qu'à une amende, pour conduite d'un véhicule automobile en état d'ébriété – l'infraction ayant été commise le 21 octobre 2022 –, entrave aux mesures de constatation de l'incapacité de conduire – l'infraction ayant été commise le 20 juillet 2022 – et contravention à la LStup pour une infraction commise de janvier 2020 à juillet 2022.

A.b Une enquête pénale militaire a été ouverte à l'encontre de X. _____ ensuite de son défaut au recrutement des 2 et 3 mai 2016. Dans ce cadre, l'intéressé a été entendu le 22 mai 2017 par le Juge d'instruction militaire.

Le 1^{er} janvier 2018, X. _____, qui avait atteint l'âge de 24 ans, a été libéré de son obligation de participer au recrutement.

A.c Bien que régulièrement cité à comparaître à l'audience du Tribunal militaire 1, le 14 septembre 2018, X. _____ ne s'est pas présenté. Par jugement par défaut du même jour, le Tribunal militaire 1 l'a reconnu coupable de refus de servir et l'a condamné à une peine privative de liberté ferme de dix mois, ainsi qu'à l'exclusion de l'armée suisse.

A la suite d'un pourvoi en cassation de l'Auditeur en chef, le Tribunal militaire de cassation a, par arrêt du 14 mars 2019 (ATMC 14 n° 22), annulé le jugement précité et renvoyé la cause au Tribunal militaire 1 pour nouveau jugement. Il a retenu que les premiers juges n'avaient invoqué aucun élément justifiant une peine plus sévère que celles prononcées ordinairement pour sanctionner un refus de servir concernant l'intégralité du service militaire et se situant entre quatre et huit mois.

B.

B.a Bien que régulièrement cité à comparaître à l'audience du Tribunal militaire 1 le 12 novembre 2021, X. _____ ne s'est pas présenté. Par un nouveau jugement par défaut du même jour, ledit tribunal l'a reconnu coupable de refus de servir et l'a condamné à une peine privative de liberté ferme de huit mois.

X. _____ a demandé le relief de ce jugement. Il a ensuite été amené par la police militaire à l'audience tenue le 7 octobre 2022 par le Tribunal militaire 1. Durant l'audience, X. _____ a déclaré qu'il n'avait rien contre l'armée, mais qu'il s'agissait pour lui d'une chose secondaire, précisant qu'il aurait fait le service militaire s'il avait pu. Sur question de son défenseur, il a indiqué qu'il avait pris conscience « d'énormément de choses » et souhaitait « faire le nécessaire pour réparer tout cela ».

Par jugement du 7 octobre 2022, le Tribunal militaire 1 a reconnu X. _____ coupable de refus de servir et l'a condamné à une peine privative de liberté ferme de six mois.

B.b X. _____ a fait appel de ce jugement.

Durant les débats tenus le 15 décembre 2023 par le Tribunal militaire d'appel 1, X. _____ a expliqué qu'il avait pris conscience de ses erreurs, tant sur le plan civil que militaire, et qu'il souhaitait aujourd'hui se « stabiliser ». Il a ajouté qu'il avait commencé à rembourser ses dettes, avait le projet de se marier et de fonder une famille. Sur le plan professionnel, il venait d'obtenir un certificat d'ingénieur du son et avait entamé une formation en ligne en cybersécurité.

Par l'intermédiaire de son défenseur, X. _____ a indiqué qu'il ne contestait pas la qualification juridique retenue par le Tribunal militaire 1 ni la quotité de la peine prononcée, mais qu'il estimait devoir être mis au bénéfice du sursis à l'exécution.

Par jugement du 15 décembre 2023, le Tribunal militaire d'appel 1 a condamné X. _____, pour refus de servir au sens de l'art. 81 al. 1 let. a CPM, à une peine privative de liberté ferme de six mois.

C.

X. _____ s'est pourvu en cassation contre le jugement du 15 décembre 2023.

Considérant :

2.

2.1 Le Tribunal militaire de cassation n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il est lié par les constatations de fait du jugement entrepris. En application de l'art. 185 al. 1 let. f PPM, le Tribunal militaire de cassation n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité précédente. Il n'est pas un juge du fait et ne contrôle le jugement attaqué que sous l'angle de l'arbitraire (ATMC 15 n° 2 consid. 3.1 et les références citées).

2.2 Dans son pourvoi, le recourant s'écarte à plusieurs reprises des constatations de l'autorité précédente et introduit différents éléments qui ne ressortent pas du jugement attaqué, sans démontrer – ni même prétendre – que les faits auraient été établis de manière arbitraire. Il en va ainsi lorsque le recourant affirme que ses antécédents sont tous liés « à des infractions à la loi sur la circulation routière », qu'il pourrait se prévaloir d'une véritable prise de conscience concernant la gravité de ses actes, qu'il aurait réalisé « un important travail sur sa personne », ou qu'il aurait commencé à rembourser ses dettes. Dans cette mesure, son pourvoi est irrecevable.

3.

Le recourant dénonce une violation de la loi pénale au sens de l'art. 185 al. 1 let. d PPM. Sans aucunement remettre en cause la qualification juridique de l'infraction ni la quotité de la sanction, il reproche à l'autorité précédente d'avoir violé l'art. 36 CPM en refusant de le mettre au bénéfice du sursis à l'exécution de la peine.

3.1 Aux termes de l'art. 36 al.1 CPM, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits.

Pour l'octroi du sursis, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit prononcer le sursis. Celui-ci est ainsi la règle dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain. La loi présume donc l'existence d'un pronostic favorable et cette présomption doit être renversée par le juge pour exclure le sursis. Pour établir le pronostic, le juge doit 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 (ATMC 15 n° 1 consid. 6.1 ; 13 n° 21 consid. 3.4 ; 13 n° 18 consid. 3b). Selon la jurisprudence, parmi les critères pertinents pour l'établissement du pronostic figurent notamment les antécédents de l'auteur, sa réputation, sa situation personnelle au moment du jugement, ou encore son état d'esprit (arrêts du Tribunal fédéral 7B_425/2023 du 29 janvier 2025 consid. 3.2.1 ; 6B_72/2024 du 25 mars 2024 consid. 3.1).

La question du sursis doit être traitée de manière identique en droit pénal ordinaire et en droit pénal militaire, qu'il s'agisse de droit pénal militaire en général ou plus particulièrement en relation avec le refus de servir au sens de l'art. 81 CPM (ATMC 13 n° 23 consid. 2.3 ; 13 n° 21 consid. 3.4). En cas de refus de servir, le juge doit établir un pronostic sur le fait de savoir si le condamné risque de refuser à nouveau de servir à l'avenir. Dans ce cadre, la réalisation de l'élément subjectif de l'infraction au moment de l'acte punissable, soit le fait d'agir dans le dessein de refuser le service militaire, doit être distingué du pronostic posé au moment du jugement concernant le comportement futur du condamné. S'il apparaît à cet égard, sur la base d'une appréciation générale de toutes les circonstances essentielles du cas d'espèce, que ce dernier refusera le cas échéant de nouveau à l'avenir tout service militaire, il convient en principe d'émettre un pronostic défavorable – indépendamment du comportement futur du condamné dans les autres domaines du droit – et de refuser le sursis. Un pronostic défavorable fondé sur le fait que le condamné risque de refuser à nouveau à l'avenir d'accomplir un

service militaire reste ainsi en soi fondamentalement possible, même si l'auteur a été exclu de l'armée en application de l'art. 49 CPM (ATMC 13 n° 23 consid. 2.3 ; 13 n° 21 consid. 4.1). Le seul fait que le condamné n'ait objectivement plus la possibilité, pour des raisons qui ne dépendent pas de sa volonté, de commettre un nouveau refus de servir, n'est en soi pas une raison suffisante pour admettre un comportement irréprochable à l'avenir, et cela d'autant plus s'il existe des indices permettant de considérer que le condamné n'a pas changé d'état d'esprit en relation avec le comportement incriminé (ATMC 13 n° 23 consid. 2.3 ; 13 n° 21 consid. 4.1). En résumé, le droit en matière d'octroi du sursis ne prévoit pas d'exception en matière de refus de servir, si bien que la présomption légale de l'existence d'un pronostic favorable prévaut également dans le cadre de cette infraction. On ne saurait toutefois en déduire que le sursis devrait être systématiquement accordé à chaque fois que le condamné est exclu de l'armée ou qu'il a atteint au moment du jugement l'âge limite de l'obligation de servir (ATMC 13 n° 23 consid. 2.3).

Concernant la formulation du pronostic, le Tribunal militaire de cassation n'intervient qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation du tribunal, notamment si le juge s'est fondé sur des considérations étrangères à la disposition applicable, s'il a omis de tenir compte d'éléments pertinents ou si sa décision apparaît excessivement sévère (ATMC 15 n° 1 consid. 6.1 ; 12 n° 6 consid. 3.2c ; cf. ATF 145 IV 137 consid. 2.2).

3.2. Dans le jugement attaqué, l'autorité précédente a exposé faire sienne l'appréciation du Tribunal militaire 1 concluant à l'existence d'un pronostic largement défavorable concernant le comportement futur du recourant. Elle a ajouté que le recourant s'était déjà prévalu d'une prise de conscience lors de l'audience du 7 octobre 2022 et s'était alors dit prêt à s'amender. Deux semaines plus tard, l'intéressé avait pourtant été interpellé pour conduite en état d'ébriété, ce qui lui avait valu une nouvelle condamnation. La situation financière du recourant, déjà mauvaise par le passé, s'était encore dégradée depuis le jugement du 7 octobre 2022. Comme le recourant l'avait expliqué, son activité de DJ lui permettait de réaliser un revenu mensuel oscillant entre 900 fr. et 1'200 fr., tandis que ses charges s'élevaient à 3'000 francs. Selon l'autorité précédente, il était trop tôt pour tirer des récentes formations entreprises par le recourant un élément concernant son comportement futur. L'intéressé n'avait obtenu un certificat d'ingénieur du son qu'au début du mois de décembre 2023. Encore ne s'agissait-il que d'un module d'une journée. A la même époque, le recourant avait entamé une formation en cybersécurité. Compte tenu de ces éléments, l'autorité précédente a conclu à une absence d'éléments concrets permettant d'attester la prise de conscience et le changement d'état d'esprit invoqués par le recourant et qui auraient contrebalancé ses nombreux antécédents tant militaires que civils.

3.3 Le recourant reproche tout d'abord à l'autorité précédente d'avoir ignoré que la loi présumait l'existence d'un pronostic favorable et que cette présomption devait être renversée pour exclure le sursis à l'exécution de la peine (cf. consid. 3.1 supra). Ce grief est infondé. L'autorité précédente a en effet expressément rappelé la jurisprudence pertinente à cet égard, avant de détailler les différents éléments qui devaient conduire à renverser la présomption légale et à formuler un pronostic défavorable concernant le comportement futur du recourant.

Ensuite, le recourant reproche à l'autorité précédente de s'être essentiellement fondée sur ses antécédents judiciaires pour formuler son pronostic, tout en ignorant les circonstances personnelles pertinentes.

Sur ce point également l'argumentation du recourant tombe à faux. En effet, l'autorité précédente n'a pas uniquement considéré les antécédents de l'intéressé, mais a également pris en compte son attitude durant la procédure, sa situation personnelle, professionnelle et financière. A cet égard, il convient de relever que le recourant a non seulement été condamné pour des infractions en matière de circulation routière, mais aussi pour des infractions contre l'autorité publique et la législation sur les stupéfiants. Dans le domaine militaire, il faut ajouter que la condamnation du recourant pour refus de servir a ponctué une série de sanctions pour des défauts successifs au recrutement. Les antécédents du recourant se révèlent donc très défavorables. La dernière condamnation rendue à son encontre par l'autorité civile, en janvier 2023, impliquait d'ailleurs une peine ferme.

Par ailleurs, on ne saurait reprocher à l'autorité précédente d'avoir éprouvé des doutes s'agissant de la prise de conscience évoquée par le recourant. En effet, aucun élément ne vient appuyer ses déclarations à ce propos. Or, le fait que l'intéressé eût commis une infraction seulement quelques jours après son jugement par le Tribunal militaire 1 montre que l'on ne peut sans autre ajouter foi à de telles affirmations. Pour le surplus, on ne voit pas ce qui permettrait de considérer que le recourant aurait changé d'état d'esprit, en particulier qu'il éprouverait désormais autre chose que le désintérêt total affiché pour les affaires militaires depuis sa première convocation au recrutement.

Pour ce qui concerne la situation professionnelle et personnelle du recourant et sa prétendue reprise en main, celui-ci ne présente guère plus que des protestations de bonne volonté. Ainsi, le recourant a bien achevé, quelques jours avant son jugement par l'autorité précédente, un module de formation d'une journée. Il a, pour le reste, entamé une formation en cybersécurité, qui n'est pas achevée. Sur le plan professionnel, force est donc de constater que le recourant exerce une activité dont les revenus sont moins élevés que ceux qu'il tirait de son précédent emploi et qui restent nettement inférieurs à ses charges. Ses dettes, qui s'élevaient à quelques 18'000 fr. à l'époque du jugement de première instance, ont d'ailleurs augmenté. On peine donc à discerner, dans ce tableau, les signes d'une quelconque stabilisation de la situation socio-économique du recourant. Enfin, on ne voit pas en quoi l'emménagement du recourant avec son amie constituerait un élément favorable, puisqu'il ne ressort pas du jugement attaqué que les infractions commises par le passé auraient résulté d'une situation sentimentale instable.

Compte tenu de ce qui précède, il n'apparaît pas que l'autorité précédente aurait fondé son pronostic sur des considérations étrangères à l'art. 36 CPM ou aurait omis de tenir compte d'éléments pertinents sur ce point. Elle pouvait, sans excéder le pouvoir d'appréciation dont elle bénéficiait, formuler un pronostic défavorable et refuser au recourant le bénéfice du sursis à l'exécution de la peine.

4.

Sur le vu de ce qui précède, le pourvoi en cassation doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Les frais de la cause doivent être mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 193 cum art. 183 al. 1 PPM).

(MKG 945, 21 mars 2025, X. contre Auditeur de la Région d'auditeurs 1)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

11

Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG; Art. 146 Abs. 1, 181 Abs. 3, 185 Abs. 1 lit. f MStP; freie Beweiswürdigung; materielle Wahrheit; charakteristische Übermüdungssymptome; Sekundenschlaf

Tragweite und Grenzen des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung sowie dessen Verhältnis zum Gebot zur Erforschung der materiellen Wahrheit, welchem der Militärstrafprozess verpflichtet ist (E. 2c-e).

Charakteristische Übermüdungssymptome, welche unmittelbar in einen Sekundenschlaf übergehen können (E. 4c-d).

Art. 91 al. 2 let. b LCR ; art. 146 al. 1, 181 al. 3, 185 al. 1 let. f PPM ; libre appréciation des preuves ; vérité matérielle ; symptômes caractéristiques de fatigue ; assoupissement

Portée et limite du principe de la libre appréciation des preuves par le juge ainsi que son rapport avec l'obligation de rechercher la vérité matérielle, à laquelle est soumise la procédure pénale militaire (consid. 2c-e).

Symptômes caractéristiques de fatigue, qui peuvent immédiatement laisser place à un assoupissement (consid. 4c-d).

Art. 91 cpv. 2 lett. b LCStr; art. 146 cpv. 1, 181 cpv. 3, 185 cpv. 1 lett. f PPM; libera valutazione delle prove; verità materiale; sintomi caratteristici di sovraffaticamento; colpo di sonno

Portata e limiti del principio della libera valutazione delle prove e il suo rapporto con il principio della ricerca della verità materiale cui sottostà il procedimento penale militare (consid. 2c-e).

Sintomi caratteristici di sovraffaticamento che possono immediatamente causare un colpo di sonno (consid. 4c-d).

Sachverhalt:

A.

a) Der damalige Rekr X. _____ (nachfolgend: Angeklagter) lenkte am 22. März 2022 im Rahmen eines Fahrauftrags der FU RS 63-1 den militärischen Kleinbus Renault Trafic mit dem Kennzeichen M. _____. Im Fahrzeug befanden sich neben dem Angeklagten sechs weitere Armeeangehörige, nämlich Wm A. _____, Rekr B. _____, Rekr C. _____, Rekr D. _____, Rekr E. _____ und Rekr F. _____. Der Auftrag des Angeklagten bestand darin, die genannten Personen von Altdorf nach Hinwil zu fahren, um dort noch fehlendes persönliches Material zu fassen und anschliessend wieder zurückzubringen.

b) Auf der Rückfahrt von Hinwil nach Altdorf kam der Angeklagte mit dem bezeichneten Fahrzeug um ca. 12.40 Uhr, auf der Normalspur der Autobahn A4 in Richtung Gotthard fahrend, zwischen Rotkreuz und Küssnacht am Rigi bei Kilometrierung 103.9 bei einer Geschwindigkeit von ca. 100 km/h rechts von der Fahrbahn ab und verursachte einen Unfall. Als Folge davon erlitten die Mitinsassen – mit Ausnahme von Rekr E. _____ – verschiedene Verletzungen. Zudem entstanden Schäden am betreffenden Fahrzeug sowie an der Autobahninfrastruktur.

c) Mit Untersuchungsbefehl vom 24. März 2022 ordnete Oberst i GSt G. _____, Kommandant der FU S 63, eine Voruntersuchung gegen den Angeklagten an. Der zuständige Untersuchungsrichter eröffnete mit Verfügung vom 25. April 2022 eine Voruntersuchung, die er mit Verfügung vom 16. Juni 2023 schloss, wobei ein Antrag auf Anklageerhebung erging. Am 10. August 2023 erhob der Auditor Anklage beim Militärgericht 2.

B.

a) Mit Urteil vom 6. Oktober 2023 sprach das Militärgericht 2 den Angeklagten von den Vorwürfen des Fahrens in fahruntfähigem Zustand, fahrlässig begangen, der mehrfachen fahrlässigen Körperverletzung sowie des Missbrauchs und Verschleuderung von Material, fahrlässig begangen, frei. Die Kosten des Verfahrens, bestehend aus der Gerichtsgebühr von CHF 850.00, wurden zu Lasten des Bundes verlegt.

b) Auf Appellation des Auditors hin sprach das Militärappellationsgericht 2 den Angeklagten mit Urteil vom 3. Mai 2024 ebenfalls von Schuld und Strafe frei. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens, bestehend aus der Gerichtsgebühr von CHF 850.00, wurden der Staatskasse auferlegt.

C.

a) Gegen das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 3. Mai 2024 meldete der Auditor mit Schreiben vom selben Tag die Kassationsbeschwerde an. Mit Eingabe vom 19. September 2024 reichte der Auditor die Begründung seiner Kassationsbeschwerde ein, in welcher er beantragte, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Militärappellationsgericht 2 zurückzuweisen, wobei die Kosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen seien.

Erwägungen:

1.

a) Das Militärkassationsgericht ist nach Art. 13 MStP unter anderem für die Behandlung von Kassationsbeschwerden zuständig. Dieses Rechtsmittel kann gestützt auf Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP namentlich gegen Urteile der Militärappellationsgerichte erhoben werden. Auf die den formellen Anforderungen entsprechende, fristgerecht angemeldete und begründete Kassationsbeschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Auditors ist einzutreten (Art. 186 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 187 Abs. 1 MStP).

b) Das Militärkassationsgericht prüft nur die gestellten Anträge (Art. 189 Abs. 2 MStP). Der Beschwerdeführer muss bei der Begründung seiner Begehren unter Hinweis auf den Kassationsgrund im Sinne des qualifizierten Rügeprinzips genau darlegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll (MKGE 14 Nr. 27 E. 2). Während das Militärkassationsgericht bei der Beurteilung der Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 lit. a-c MStP lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen berücksichtigen kann, ist es bei der Anrufung der Kassationsgründe gemäss Art. 185 Abs. 1 lit. d-f MStP nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 3 und Abs. 4 MStP).

c) Der Beschwerde führende Auditor beruft sich auf die Kassationsgründe in Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP (Verletzung des Strafgesetzes), Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP (Fehlen von hinreichenden Entscheidungsgründen) sowie Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP (Widerspruch wesentlicher tatsächlicher Feststellungen mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens). Im konkreten Fall vermögen einzelne Kassationsgründe ineinander überzugehen (THEO BOPP, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, N 7 zu Art. 185 MStP), weshalb sich die Kassationsgründe nicht immer einfach voneinander abgrenzen lassen. Wird etwa geltend gemacht, die Tragweite eines Beweismittels sei offensichtlich verkannt worden, indem nur ganz knapp und damit zu kurz auf dieses eingegangen worden sei, so werden zugleich eine ungenügende Begründung und eine willkürliche Beweiswürdigung moniert und damit die Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 lit. e und lit. f MStP angerufen (MKGE 14 Nr. 28 E. 1f).

d) In seiner Kassationsbeschwerde rügt der Auditor zunächst, die Vorinstanz habe im Rahmen ihrer Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung die willkürliche Schlussfolgerung gezogen, dass der Angeklagte gar keinen Sekundenschlaf gehabt habe, obwohl ein solcher unbestritten bzw. glaubhaft eingestanden sei und keine ernstzunehmenden gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen würden. Dies entspreche einer unhaltbaren Urteilsbegründung und führe zu einem nicht aufrechtzuerhaltenden Ergebnis in Gestalt eines Freispruchs. Zudem moniert der Auditor, der Angeklagte habe zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht, dass gesundheitliche oder anderweitige Probleme in Bezug auf seine Fahrfähigkeit vorgelegen seien, während er das Einschlafen fortwährend eingestanden habe. Bei dieser Sachlage hätten die Vorderrichter unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung von erkennbaren Ermüdungserscheinungen ausgehen müssen, sei es vor Antritt oder erst während der Fahrt.

Indem die Vorinstanz ungeachtet dessen einen Freispruch vom Vorwurf des Fahrens in fahr-unfähigem Zustand gemäss Art. 91 Abs. 2 lit. b des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) ausgefällt habe, verletze sie die genannte Bestimmung. Schliesslich reklamiert der Auditor, dem angefochtenen Urteil fehle es an einer hinreichenden Begründung, da es sich in keiner Weise damit auseinandersetze, welche gesundheitlichen Probleme oder welche anderen Ursachen für eine Fahruntfähigkeit beim Angeklagten hätten vorliegen sollen, welche an die Stelle der notwendigerweise erkennbaren Ermüdungssymp-tome hätten treten können.

2.

a) Der erste beschwerdeweise vorgetragene Kassationsgrund liegt vor, wenn wesentliche tat-sächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis der Beweisverfahren widersprechen (Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP). Nach der Praxis des Militärkassationsgerichts bildet die willkürli-che Sachverhaltsfeststellung den Hauptfall dieses Kassationsgrundes, während die Akten-widrigkeit einen Spezialfall darstellt (MKGE 11 Nr. 51 E. 3a; BOPP, a.a.O., N 50 zu Art. 185 MStP). Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP ergibt ("wesentliche tatsächliche Feststellungen"), ist der genannte Kassationsgrund nur gegeben, wenn die ins Feld geführten Widersprüche zentrale Sachverhaltsfeststellungen betreffen (MKGE 13 Nr. 40 E. 2a/bb und 11 Nr. 19 E. 6) bzw. sich der Mangel auf das Urteil ausgewirkt hat (BOPP, a.a.O., N 51 zu Art. 185 MStP), was von der Beschwerde führenden Person entsprechend darzulegen ist (MKGE 14 Nr. 9 E. 2c/bb).

b) Die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn es ohne sach-lichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelas-sen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (MKGE 14 Nr. 28 E. 1e/bb). Das Militärkassationsgericht hebt ein Urteil nur dann auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt dabei nicht (MKGE 12 Nr. 21 E. 5c). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist namentlich nicht schon dann willkürlich (zum Willkürbegriff MKGE 4 Nr. 152 E. I.1; BGE 137 I 1 E. 2.4), weil die Kassationsinstanz an Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (MKGE 14 Nr. 9 E. 2c/bb).

c) Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, in der Hauptverhandlung gewonnenen Überzeugung (Art. 146 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 181 Abs. 3 MStP). Das Gericht hat frei von gesetzlichen Beweisregeln und nur nach seiner persönlichen Überzeugung aufgrund gewissenhafter Prüfung der vorliegenden Beweise darüber zu entscheiden, ob es eine Tatsache für bewiesen hält oder nicht (BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.1). Dieses Gebot will sicherstellen, dass der Richter nicht verpflichtet ist, etwas als erwiesen zu betrachten, wenn es dies nach seiner Überzeugung nicht ist, oder umgekehrt etwas als nicht erwiesen anzusehen, worüber für ihn kein Zweifel besteht (ESTHER TOPHINKE, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessord-nung, 3. Aufl. 2023, N 58 zu Art. 10 StPO).

d) Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht frei von jeder Bindung und allein gestützt auf sein blosses subjektives Empfinden entscheidet. Der Militärstrafprozess ist dem Grundsatz der materiellen Wahrheit verpflichtet (MKGE 10 Nr. 22 E. 2b; MKGE 10 Nr. 65 E. 3a). Art. 137 Abs. 1 und 181 Abs. 3 MStP etwa implizieren das Gebot der Eruiierung der historischen Wahrheit im Rahmen der erst- und zweitinstanzlichen Hauptverhandlung (zur entsprechenden Pflicht des Untersuchungsrichters in der Untersuchung vgl. MARC LEBER, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, N 1 zu Art. 106 MStP; zum bürgerlichen Recht siehe Art. 6 Abs. 1 und Art. 139 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO; SR 312.0] sowie BOTSCHAFT vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in: BBl 2006, 1130 und 1182). Das freie Ermessen in der Würdigung der Beweise bildet insofern stets ein sach- oder pflichtgemässes, als es sich im Rahmen der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit halten muss (MKGE 13 Nr. 25 E. 2.3.1; JÖRG FREI, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, N 13 zu Art. 146 MStP).

e) Dabei sind insbesondere die folgenden zwei Aspekte zu beachten, welche der freien richterlichen Beweiswürdigung Gestalt und Struktur verleihen, sie jedoch auch inhaltlich begrenzen: Einerseits ist das Gericht verpflichtet, das entscheidenderhebliche Beweismaterial nicht punktuell oder lückenhaft, sondern gründlich und umfassend auszuwerten (MKGE 4 Nr. 152 E. I.1; MKGE 8 Nr. 55 E. 3b; BGE 147 IV 409 E. 5.3.3). Eine nur partielle Ausschöpfung der Beweise bildet mithin keine Basis, auf der sich das Gericht eine abschliessende Überzeugung bilden darf (WOLFGANG WOHLERS, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], in: Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N 29 zu Art. 10 StPO). Andererseits bleibt das Gericht an die Gesetze der Vernunft, an anerkannte Naturgesetze, an das Erfahrungswissen der Zeit sowie an wissenschaftliche Erkenntnisse – insbesondere naturwissenschaftlicher, psychologischer oder kriminalistischer Art – gebunden. Nur wenn die Beweismittel anhand solch objektiver Kriterien gewichtet und bewertet werden, kann von einer richterlichen Überzeugung gesprochen werden (NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2020, N 1082). Das Gericht darf sich daher nicht eine isolierte, rein subjektiv gefärbte Überzeugung bilden, sondern ist vor dem Vorwurf der Willkür nur gefeit, wenn es sich mit dem Sachverhalt und der Beweislage eingehend auseinandersetzt und seine daraus gezogenen Schlüsse in rationaler Weise objektiver- und nachvollziehbar begründet (DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023, N 228). Im Ergebnis hat sich die Beweiswürdigung auf sachliche Gründe zu stützen (MKGE 10 Nr. 76 E. 1b); freie Beweiswürdigung heisst demnach nicht Entscheiden nach Belieben oder aufgrund von Vermutungen und Verdachtsgründen, sondern Urteilen gestützt auf logische Schlussfolgerungen, beruhend auf gewissenhaft festgestellten Tatsachen (FREI, a.a.O., N 14 zu Art. 146 MStP). Zusammenfassend wird mithin den Anforderungen an die freie Beweiswürdigung nur dann Genüge getan, wenn das Urteil auf einer umfassenden Ausschöpfung aller vorhandenen Beweise aufbaut, die auch aus der Sicht eines verständigen Dritten geeignet ist, eine derartige Überzeugung zu tragen (ANDREAS DONATSCH/SARAH SUMMERS/WOLFGANG WOHLERS, in: Jositsch [Hrsg.], Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2023, S. 146).

3.

a) Die Vorinstanz begründet den mit angefochtenem Urteil vom 3. Mai 2024 ausgefallenen Freispruch primär mit der Argumentation, der Angeklagte verwende den Begriff des Sekundenschlafs insofern differenziert, als er diesen anlässlich der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung als lediglich eine Art "verlängertes Blinzeln" beschrieben habe, was jedoch nicht bzw. jedenfalls nicht zwingend einem ermüdungsbedingten kurzzeitigen Einknicken oder Einschlafen entspreche. Wohl sei erstellt, dass dem Angeklagten – wie er selbst zugebe – die Augen kurz zugefallen seien; er bezeichne dies zwar als "Sekundenschlaf", meine damit aber bloss ein "verlängertes Blinzeln". Damit sei ein eigentliches kurzes Einnicken oder Einschlafen, auch im Sinne eines umgangssprachlich oder in der Fachsprache so verstandenen Sekundenschlafs – als zwar kurzzeitiges, aber über ein (verlängertes) Blinzeln hinausgehendes ermüdungsbedingtes Einnicken oder Einschlafen – nicht erwiesen. Überdies entspreche die Reaktion des Angeklagten nach dem Wiederöffnen der Augen nicht dem typischen Verhalten nach einem Sekundenschlaf, zumal er vor den Schranken angegeben habe, in dieser Situation das Steuer gehalten zu haben, während bei einem Lenker, der nach einem Sekundenschlaf von der Fahrbahn abgekommen sei, eher ein (überhastetes) Gegenlenken zu erwarten gewesen wäre (angefochtenes Urteil, Ziff. V E. 4.2, 4.4 und 4.5).

b) Der Angeklagte gab im Rahmen der Voruntersuchung bereits anlässlich der nur wenige Stunden nach dem Ereignis durchgeführten Einvernahme vom 22. März 2022 zu Protokoll, der Unfall habe sich ereignet, weil ihm "für eine Sekunde" "die Augen zugefallen" seien (pag. 72 f.). Auf Frage hin verneinte er, sich vor Antritt oder während der Fahrt müde gefühlt zu haben (pag. 74). In der Befragung vom 28. November 2022 bestätigte der Angeklagte seine ersten Aussagen, indem er ausführte, der Unfall sei passiert, weil er während des Fahrens einen "Sekundenschlaf" gehabt habe (pag. 234 f.). Dabei stellte er in Abrede, sich unmittelbar vor dem Unfall müde gefühlt oder öfters gegähnt zu haben; ebenso habe er vor dem Unfall keine Probleme gehabt, die Spur zu halten (pag. 235). Desgleichen anerkannte der Angeklagte in der Schlusseinvernahme vom 28. November 2022 den Vorhalt, der Unfall sei darauf zurückzuführen, dass er einen "Sekundenschlaf" erlitten habe (pag. 241).

c) Am 6. Oktober 2023 bekräftigte der Angeklagte vor den Schranken des Militärgerichts 2, dannzumal in Anwesenheit seines amtlichen Verteidigers, seine bisherigen Depositionen, zumal er zugestand, der Unfall sei zufolge Sekundenschlafs passiert. Gesundheitliche Gründe, die zu diesem Verhalten geführt haben könnten, seien ihm nicht bekannt. Beim Antritt der Fahrt sei er wach gewesen und habe sich fit gefühlt, irgendwelche Ermüdungssymptome habe er nicht verspürt (Protokoll, S. 6 f., 10 und 12).

d) Anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Militärappellationsgericht 2 vom 3. Mai 2024 tat der Angeklagte ebenfalls im Beisein der amtlichen Verteidigung kund, er habe einen Sekundenschlaf erlitten, die Augen seien ihm zugefallen und der Unfall sei passiert. Es sei "wie ein längeres Blinzeln" gewesen, welches nur Sekunden gedauert habe; "Augen kurz zu und ab der Spur". Auf Frage hin, was er unter einem Sekundenschlaf verstehe, gab der Angeklagte zur Antwort: "Die Augen fallen zu und gehen wieder auf" (Protokoll, S. 4). Diese Erklärung wiederholte er etwas später, indem er angab: "Ich kenne es unter Sekundenschlaf, wenn die Augen zufallen und wieder aufgehen" (Protokoll, S. 5). Die Frage, was ein längeres Blinzeln

von einem Sekundenschlaf unterscheide, beantwortete der Angeklagte so: "Für mich ist Blinzeln ein Blinzeln, beim Sekundenschlaf geht es einfach eine Sekunde" (Protokoll, S. 7).

e) Neben den Aussagen des Angeklagten finden sich in den Akten mehrere kritische Einschätzungen seitens der befragten Mitinsassen zum Fahrverhalten des Angeklagten vor dem Unfallereignis. So erklärte Rekr E. _____ am 22. März 2022 als Zeuge auf die Frage, ob der Angeklagte einen müden Eindruck hinterlassen habe, dieser habe relativ unregelmässig Gas gegeben und Mühe bekundet, das Tempo zu halten (pag. 91). Rekr F. _____ führte in der Einvernahme vom 1. April 2022 als Zeuge aus, für ihn sei der Angeklagte klar und deutlich eingeschlafen, wobei er präzisierte, nicht gesehen zu haben, ob seine Augen geschlossen gewesen seien, weil er hinter dem Angeklagten gesessen sei (pag. 126). Zudem gab der genannte Zeuge zu Protokoll, der Angeklagte habe ihm bereits auf dem Hinweg einen müden Eindruck gemacht. Er sei relativ zügig gefahren, wobei er auf der Hinfahrt in einen Kreisel gefahren sei und mit dem linken Hinterrad den Bordstein touchiert habe, wodurch es die Mitfahrer geschüttelt habe. Da der Angeklagte zügig gefahren sei und einen speziellen Fahrstil gezeigt habe, sei es ihm nicht sehr wohl gewesen (pag. 128 f.). Rekr C. _____ bemerkte im Rahmen der Befragung vom 1. April 2022 als Zeuge, der Angeklagte habe auf der Rückfahrt die eine oder andere Kurve schnell genommen, man hätte diese langsamer fahren können (pag. 140). Ferner monierte Rekr B. _____ am 1. April 2022 als Zeuge, der Angeklagte habe eine komische Fahrweise gezeigt und sei sehr zügig gefahren, was der Zeuge in den Kurven gemerkt habe (pag. 151).

4.

Die Vorinstanz verfällt bei ihrer Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung in Willkür, was sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt:

a) Zunächst stützt sich das angefochtene Urteil bei der Eruierung des Sachverhalts in selektiver und einseitiger Weise nur auf einen kleinen Teil der Aussagen, welche der Angeklagte anlässlich der Appellationsverhandlung zu Protokoll gab ("wie ein längeres Blinzeln"), ohne jedoch auf das Gros der Depositionen des Angeklagten vor den Schranken des Militärappellationsgerichts 2 einzugehen, die im vollständigen Einklang mit den Aussagen stehen, die in der Voruntersuchung und vor der ersten Instanz getätigt wurden. So fällt bei der Durchsicht des Protokolls der Appellationsverhandlung auf, dass der Angeklagte bloss ein einziges Mal "ein längeres Blinzeln" darlegte (Protokoll, S. 4) und dies später noch einmal auf Nachfrage eines Gerichtsmitglieds erwähnte (Protokoll, S. 7). Demgegenüber räumte der Angeklagte vor der zweiten Instanz diverse Male gleichlautend und wiederholt ein, er habe einen "Sekundenschlaf" erlitten, wobei ihm die Augen zugefallen seien. Im Übrigen scheinen die Vorderrichter übersehen zu haben, dass der Angeklagte nicht einfach "ein längeres Blinzeln" angab, sondern sagte, es sei "wie ein längeres Blinzeln" gewesen (Protokoll, S. 4), was keine Deskription eines Zustandes, sondern lediglich einen Vergleich beinhaltet. Schliesslich fällt auf, dass der Angeklagte "ein längeres Blinzeln" erstmals anlässlich der Appellationsverhandlung, mithin über zwei Jahre nach dem Unfallereignis, überhaupt erwähnte. Indem sich die Vorinstanz ausschliesslich auf die singuläre Aussage bezüglich "wie ein längeres Blinzeln" fokussiert und dabei die zahlreichen übereinstimmenden Depositionen des Angeklagten während der Voruntersuchung, anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung sowie vor den Schranken

des Militärappellationsgerichts 2 im Rahmen der Beweiswürdigung ausblendet, wertet sie die Gesamtheit der Aussagen des Angeklagten unzulässigerweise nur partiell statt gründlich und umfassend aus.

b) Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, der Angeklagte habe den Umstand, dass ihm die Augen kurz zugefallen seien, zwar als "Sekundenschlaf" bezeichnet. Er meine indessen damit ein lediglich verlängertes Blinzeln, womit ein eigentliches kurzes Einknicken oder Einschlafen – auch im Sinne eines umgangssprachlich oder in der Fachsprache so verstandenen Sekundenschlafs – nicht erstellt sei. Dem kann aus den folgenden Gründen klarerweise nicht gefolgt werden: Aus dem Protokoll der Verhandlung des Militärappellationsgerichts 2 geht ohne Weiteres hervor, dass der Angeklagte unter dem von ihm mehrfach sowie in verschiedenen Stadien des Verfahrens eingestandenen Sekundenschlaf den nachvollziehbaren Vorgang versteht, dass die Augen zufallen und kurze Zeit später wieder aufgehen. So erklärte er vor den zweitinstanzlichen Schranken, er habe das Geschehen wie folgt im Kopf: "Augen kurz zu und ab der Spur". Auf Frage des Gerichtspräsidenten, was er unter Sekundenschlaf verstehe, antwortete der Angeklagte: "Die Augen fallen zu und gehen wieder auf" (Protokoll, S. 4; vgl. auch die praktisch gleichlautende Aussage auf S. 5 des Protokolls: "Ich kenne es unter Sekundenschlaf, wenn die Augen zufallen und wieder aufgehen"). Auf Nachfrage eines Gerichtsmitglieds, was ein längeres Blinzeln von einem Sekundenschlaf unterscheidet, gab der Angeklagte an: "Für mich ist Blinzeln ein Blinzeln, beim Sekundenschlaf geht es einfach eine Sekunde" (Protokoll, S. 7). Aus der Gesamtheit der Aussagen vor Militärappellationsgericht 2 erhellt damit offensichtlich, dass der Angeklagte unter seiner – ohnehin punktuellen – Deposition, es sei "wie ein längeres Blinzeln" gewesen (Protokoll, S. 4), schlicht und einfach den physiologischen Vorgang versteht, dass ihm die Augen zugefallen und einen kurzen Moment später – präziser: nach einer Sekunde – wieder aufgegangen sind.

c) Exakt dieser Ablauf ist indessen unter ein kurzes Einnicken oder Einschlafen anerkanntermassen zu subsumieren, womit zwischen dem seitens des Angeklagten wiederholt zugestandenen Sekundenschlaf und seiner Deposition, dies sei "wie ein längeres Blinzeln" gewesen, keinerlei materiellen Unterschiede auszumachen sind. Im Gegenteil erscheint es als geradezu typisch, dass sich ein Sekundenschlaf aus der retrospektiven subjektiven Wahrnehmung des Betroffenen mehr als zwei Jahre nach dem Unfall "wie ein längeres Blinzeln" anfühlt. Dieser Umstand vermag freilich nichts daran zu ändern, dass damit im Ergebnis ein klassischer Sekundenschlaf beschrieben wird, gleichgültig, welche terminologischen Bezeichnungen zur Skizzierung dieses Zustands Verwendung finden. Des Weiteren ist festzuhalten, dass sich der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt – weder vor der Vorinstanz noch in den anderen Verfahrensstadien – dahingehend geäußert hat, der von ihm wiederholt eingestandene Sekundenschlaf habe sich *nicht* wie ein kurzes Einnicken oder Einschlafen angefühlt. Im Übrigen belegen zahlreiche Fachpublikationen, dass ein Blinzeln ein charakteristisches Anzeichen von Müdigkeit bildet, welches unmittelbar in einen Sekundenschlaf übergehen kann (statt vieler PATRIZIA HERTACH/ANDREA UHR/STEFFEN NIEMANN/KARIN HUWILER/YVONNE ACHERMANN STÜRMER, Beeinträchtigte Fahrfähigkeit von Motorfahrzeuglenkenden, BFU-Sicherheitsdossier, 2020, S. 99, 102, 116; ANDREAS ROTH, in: Niggli/Probst/Waldmann [Hrsg.], Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, 2014, N 21 zu Art. 31 SVG). Selbst wenn man daher auf die singuläre Aussage des Angeklagten mit dem verlängerten Blinzeln abstellen würde,

so hätte er damit ein geradezu typisches Übermüdungssymptom im Sehbereich (siehe hierzu BGE 126 II 206 E. 1a) geschildert, welches keineswegs zu einem Ausschluss eines Sekundenschlafs führen kann. Indem die Vorderrichter aus den Aussagen des Angeklagten vor ihren Schranken eine substantielle Differenzierung zwischen einem bloss verlängerten Blinzeln und einem eigentlichen Sekundenschlaf konstruieren, im Ergebnis ausschliesslich das Erstere bejahen und das Letztere verneinen sowie gestützt auf diese Beweiswürdigung einen Freispruch ausfällen, verfallen sie in Willkür.

d) Abgesehen von den Depositionen des Angeklagten finden sich Aussagen mehrerer mitfahrender Armeeangehöriger in den Akten, welche sich in der Voruntersuchung kritisch zur Fahrfähigkeit bzw. einer sicheren Fahrweise des Angeklagten geäussert haben (vgl. E. 3e dieses Urteils). Die betreffenden Depositionen beinhalten insbesondere relativ unregelmässiges Gas geben und Mühe zur Haltung des Tempos (Rekr E. _____ als Zeuge, pag. 91), einen müden Eindruck bereits auf dem Hinweg und Touchieren des Bordsteins mit dem linken Hinterrad beim Befahren eines Kreisels (Rekr F. _____ als Zeuge, pag. 128), schnelles Nehmen der einen oder anderen Kurve auf der Rückfahrt (Rekr C. _____ als Zeuge, pag. 140) sowie eine komische Fahrweise und zügiges Fahren namentlich in den Kurven (Rekr B. _____ als Zeuge, pag. 151). Dabei fällt auf, dass sich namentlich die Aussagen betreffend relativ unregelmässiges Gas geben, Mühe zur Haltung des Tempos, müder Eindruck bereits auf dem Hinweg sowie das Touchieren des Bordsteins zwanglos in jene Phänomene einreihen lassen, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als charakteristische Ermüdungssymptome gelten. Darunter fallen auffällige äussere Faktoren in der Fahrweise, wie insbesondere verzögerte Reaktionen, Abweichen von der Fahrspur oder verlorenes Geschwindigkeitsgefühl (BGE 126 II 206 E. 1a; BGer 6B_252/2011 vom 22. August 2011 E. 2.1; vgl. dazu SILVAN FAHRNI/STEFAN HEIMGARTNER, in: Niggli/Probst/Waldmann [Hrsg.], Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, 2014, N 28 zu Art. 91 SVG). Insofern ist zu konstatieren, dass *in casu* diverse Zeugenaussagen vorliegen, welche auf die von der höchstgerichtlichen Praxis entwickelten, als typisch bezeichneten Ermüdungssymptome hinweisen und dadurch den konstanten Aussagen des Angeklagten eine zusätzliche objektive Abstützung verleihen. Die Vorderrichter haben es indes unterlassen, die Depositionen der genannten Zeugen angemessen in die Beweiswürdigung einfließen zu lassen, was ebenfalls als willkürlich zu qualifizieren ist.

e) Schliesslich hält das Militärappellationsgericht 2 fest, die Reaktion des Angeklagten nach dem Wiederöffnen der Augen, nämlich das Halten des Steuers, entspreche nicht dem typischen Verhalten nach einem Sekundenschlaf; vielmehr wäre eher ein (überhastetes) Gegenlenken zu erwarten gewesen. Die Vorinstanz vermag jedoch nicht einmal ansatzweise aufzuzeigen, wie sie zu dieser apodiktischen Behauptung gelangt, zumal sich diese als solche weder auf wissenschaftliche Erkenntnisse noch auf Gerichtsnotorietät abstützt.

f) Ergänzend ist festzuhalten, dass Art. 52 Abs. 4 MStP zwar festhält, dass auch bei einem Geständnis die näheren Umstände und die Beweggründe der Tat abgeklärt werden. Ebenso statuiert Art. 160 StPO, dass Staatsanwaltschaft und Gerichte die Glaubwürdigkeit eines Geständnisses prüfen und die beschuldigte Person auffordern, die näheren Umstände der Tat genau zu bezeichnen. Im vorstehenden Fall ergeben sich indessen keinerlei Anhaltspunkte,

dass die stringenten und wiederholten Angaben des Angeklagten im Verlaufe des gesamten Verfahrens, er habe einen Sekundenschlaf erlitten, unzutreffend sein könnten. Im Gegenteil erweisen sich der konkrete Hergang und der äussere Ablauf des betreffenden Unfallereignisses (vgl. dazu Rapport der Militärpolizei vom 13. Mai 2022 samt Fotodossier, Unfallaufnahmeprotokoll und Unfallskizze, pag. 170 ff.) zu einem kurzen Einschlafen am Steuer nach allen bestehenden Erfahrungen als überaus passend, zumal weder der Angeklagte noch die mitfahrenden Armeeangehörigen jemals auch nur ansatzweise alternative Gründe geltend gemacht haben. Auch die in der Doktrin hervorgehobenen typischen Konstellationen, die im Rechtsalltag zu falschen Geständnissen führen können, wie insbesondere körperliche oder geistige Schwächezustände, Drucksituationen wie Untersuchungshaft, Druck aus dem Umfeld des Angeklagten oder problematische Vernehmungsmethoden etwa in Form stundenlang er Befragungen (vgl. dazu NIKLAUS RUCKSTUHL, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N 3 zu Art. 160 StPO), scheiden im vorstehenden Fall offenkundig allesamt aus.

5.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erhellt, dass die Vorinstanz bei ihrer Annahme, wonach der Angeklagte lediglich ein verlängertes Blinzeln an den Tag gelegt habe, hingegen ein eigentliches kurzes Einknicken oder Einschlafen – auch im Sinne eines umgangssprachlich oder in der Fachsprache so verstandenen Sekundenschlafs – nicht erstellt sei, in Willkür verfällt. Dabei erweist sich nicht nur die Begründung der vorgenommenen Beweiswürdigung, sondern auch das Ergebnis als nicht haltbar. Der ins Feld geführte Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP liegt daher vor, weshalb die Kassationsbeschwerde des Auditors als begründet anzusehen ist. Das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 3. Mai 2024 ist in Gutheissung der Kassationsbeschwerde des Auditors folgerichtig aufzuheben und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird den Sachverhalt unter Vornahme einer pflichtgemässen Beweiswürdigung neu beurteilen müssen und anschliessend zu prüfen haben, ob die angeklagten Straftatbestände gemäss Art. 91 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit Art. 100 Ziff. 1 SVG, Art. 124 Ziff. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) sowie Art. 73 Ziff. 1^{bis} MStG in rechtlicher Hinsicht erfüllt sind.

7.

a) Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde des Auditors gutzuheissen, soweit auf diese einzutreten ist, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Militärappellationsgericht 2 zurückzuweisen (Art. 190 und Art. 191 Abs. 1 MStP).

b) Gemäss Art. 193 MStP gilt für die Kosten des Militärkassationsgerichts sinngemäss Art. 183 MStP. Demnach trägt der Bund die Kosten des Appellationsverfahrens, wenn die Appellation des Angeklagten in vollem Umfang gutgeheissen wird. In den anderen Fällen trifft das Gericht den Kostenentscheid nach seinem Ermessen (Art. 183 Abs. 1 MStP).

c) Angesichts des vorstehenden Verfahrensausgangs, wonach die Kassationsbeschwerde des Auditors gutgeheissen wird, rechtfertigt es sich, die Kosten des Militärkassationsgerichts von insgesamt CHF 1'000.00 zu Lasten des Angeklagten zu verlegen.

(MKG 946, 21. März 2025, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

12

Art. 185 Abs. 1 lit. d, 187 Abs. 1 MStP, Art. 41 ff. MStG, Art. 100 Ziff. 4 SVG; Rügeprinzip, Strafzumessung (Kassationsbeschwerde des Auditors)

Richtet sich die Kassationsbeschwerde gegen die vorinstanzliche Strafzumessung, tritt das Militärkassationsgericht nur dann darauf ein, wenn die beschwerdeführende Partei unter Bezugnahme auf das angefochtene Urteil hinreichend aufzeigt, inwiefern im konkreten Fall die Kriterien erfüllt sind, die es ihm erlauben, in die vorinstanzliche Strafzumessung einzugreifen (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 1). Im vorliegenden Fall ist weder rechtsgenüßlich dargetan noch ersichtlich, dass die Vorinstanz ihr Ermessen im Rahmen der Strafzumessung verletzt hat (E. 2).

Art. 185 al. 1 let. d, 187 al. 1 PPM, art. 41 ss CPM, art. 100 ch. 4 LCR; principe d'allégation qualifié, fixation de la peine (pourvoi en cassation par l'Auditeur)

Si le pourvoi en cassation porte sur la fixation de la peine prononcée par l'autorité précédente, le Tribunal militaire de cassation n'entre en matière que si la partie recourante montre de manière suffisante, en se référant au jugement attaqué, dans quelle mesure les critères lui permettant d'intervenir dans la fixation de la peine prononcée sont remplis dans le cas concret (précision de la jurisprudence ; consid. 1). Dans le cas présent, il n'est pas démontré de manière juridiquement suffisante, ni évident, que l'autorité précédente aurait abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de la fixation de la peine (consid. 2).

Art. 185 cpv. 1 lett. d, 187 cpv. 1 PPM, art. 41 ss. CPM, art. 100 n. 4 LC Str; principio dell'allegazione, commisurazione della pena (ricorso per cassazione dell'Uditore)

Nella misura in cui il ricorso per cassazione è rivolto contro la commisurazione della pena svolta dall'autorità inferiore, il Tribunale militare di cassazione entra nel merito dello stesso soltanto quando la parte ricorrente, facendo riferimento alla sentenza impugnata, dimostra in maniera sufficiente perché nel caso concreto sono adempiuti i presupposti che permettono di distanziarsi dalla commisurazione della pena svolta dall'autorità inferiore (precisazione della giurisprudenza; consid. 1). Nel caso di specie, una violazione del potere di apprezzamento dell'autorità inferiore nell'ambito della commisurazione della pena non è dimostrata e neppure ravvisabile (consid. 2).

Sachverhalt:

A.

Am 21. Januar 2021 um 22:42 Uhr lenkte Lt A. _____, geb. 1993, anlässlich seines Militärdienstes in dienstlicher Verrichtung auf einer genehmigten Dringlichkeitsfahrt das Einsatzfahrzeug xxx mit Blaulicht und Wechselklanghorn auf der U. _____-Strasse/V. _____-Strasse in W. _____, Fahrtrichtung W. _____ Zentrum, mit einer Geschwindigkeit von 70–80 km/h. Die dort zulässige Höchstgeschwindigkeit betrug 60 km/h; sie war Lt A. _____ bekannt. Beifahrerin war die Gfr B. _____ (Privatklägerin). Auf der Höhe der Shell-Tankstelle (U. _____-Strasse yyy, W. _____) überfuhr Lt A. _____ das Rotlicht. Um ca. 22:45 Uhr kollidierte er mit dem von rechts herannahenden Tram Nr. 12 der Verkehrsbetriebe C. _____.

Mit Urteil des Militärgerichts 2 vom 18. November 2022 wurde Lt A. _____ wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäss Art. 124 Ziff. 1 Abs. 1 MStG, grober Verletzung von Verkehrsregeln i.S.v. Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 100 Ziff. 1 und 4, Art. 32 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 218 Abs. 3 MStG sowie des fahrlässigen Missbrauchs und der Verschleuderung von Material i.S.v. Art. 73 Ziff. 1 MStG zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je CHF 140.-- verurteilt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Auf die Zivilklage der Privatklägerin trat das Militärgericht 2 nicht ein. Lt A. _____ wurde verpflichtet, ihr eine Prozessentschädigung von CHF 9'962.60 (inkl. MWST) zu zahlen. Das Militärgericht 2 hielt fest, dass die Beschlagnahme über das Einsatzfahrzeug nach Eintritt der Rechtskraft aufgehoben werde. Die Verfahrenskosten wurden Lt A. _____ auferlegt.

B.

Mit Urteil vom 14. Juni 2024 erklärte das Militärappellationsgericht 2 Lt A. _____ der fahrlässigen Körperverletzung gemäss Art. 124 Ziff. 1 Abs. 1 MStG, der groben Verletzung von Verkehrsregeln i.S.v. Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 SVG und der fahrlässigen Verschleuderung von Material i.S.v. Art. 73 Ziff. 1^{bis} MStG schuldig. Es verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je CHF 140.--. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Auf die Zivilklage der Privatklägerin trat das Militärappellationsgericht 2 nicht ein. Es hielt fest, dass die Beschlagnahme über das Einsatzfahrzeug nach Eintritt der Rechtskraft aufgehoben werde. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden in der Höhe unverändert wiederum Lt A. _____ auferlegt. Die Kosten des Appellationsverfahrens wurden im Umfang von CHF 500.-- Lt A. _____ auferlegt. Im Übrigen (CHF 250.--) wurde festgehalten, dass die Kosten zu Lasten des Bundes gehen.

C.

Mit Eingabe vom 17. Juni 2024 (Datum des Poststempels; Eingang unbekannt) meldete der Auditor im Namen der Schweizerischen Eidgenossenschaft Kassationsbeschwerde an. Mit der Begründung der Kassationsbeschwerde vom 1. Oktober 2024 (Eingang: 2. Oktober 2024) beantragt der Auditor dem Militärkassationsgericht, das Urteil des

Militärappellationsgerichts 2 vom 14. Juni 2024 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an dieses zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

a) Das Militärkassationsgericht ist unter anderem für die Behandlung von Kassationsbeschwerden zuständig (Art. 13 MStP). Dieses Rechtsmittel kann gegen Urteile der Militärappellationsgerichte erhoben werden (Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP). Die fristgerecht angemeldete (Art. 186 Abs. 2 MStP) Kassationsbeschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Auditors (Art. 186 Abs. 1 Satz 1 MStP) erweist sich als zulässig.

b) Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des materiellen Militärstrafrechts im Sinne von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP.

Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP betrifft die Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts betreffend Schuldpunkt und Sanktionen, wie sie – sowohl betreffend Schuldpunkt wie auch betreffend Sanktionen (Strafe, Nebenstrafe, Massnahmen) – Gegenstand des vorinstanzlichen Urteils bilden (THEO BOPP, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, N. 35 zu Art. 185 MStP). Zu den Rechtsfragen, die das Militärkassationsgericht prüft, gehört unter anderem die Strafzumessung (BOPP, a.a.O., N. 38 zu Art. 185 MStP, m.w.H.).

Es liegt im pflichtgemässen Ermessen des Sachgerichts, ob und in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Militärkassationsgericht greift in die Strafzumessung auf Beschwerde hin nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte entweder ausser Acht gelassen hat oder in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (MKGE 15 Nr. 9 E. 3.4; MKGE 14 Nr. 33 E. 5.4 m.H.; BOPP, a.a.O., N. 38 zu Art. 185 MStP, m.w.H.).

c) Die Kassationsbeschwerde hat einen Antrag zu enthalten und ist schriftlich zu begründen (Art. 187 Abs. 1 MStP; MKGE 15 Nr. 9 E. 2.1). Es gilt das qualifizierte Rügeprinzip. Die beschwerdeführende Partei muss unter Hinweis auf den geltend gemachten Kassationsgrund genau darlegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll (MKGE 16 Nr. 3 E. 1b; MKGE 15 Nr. 9 E. 2.1; MKGE 14 Nr. 27 E. 2; BOPP, a.a.O., N. 11 zu Art. 187–189 MStP).

Zwar kennt das Militärkassationsgericht im Gegensatz zum Bundesgericht kein strenges Rügeprinzip im Sinne von Art. 42 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110). Dies entbindet die beschwerdeführende Partei indes nicht davon, die Kassationsbeschwerde zu begründen (MKGE 16 Nr. 7 E. 2b). Genügt eine Kassationsbeschwerde den Begründungsanforderungen nicht, ist darauf nicht einzutreten (MKGE 15 Nr. 9 E. 2.1 m.H.).

d) Der Umstand, dass bei Kassationsbeschwerden, die den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP betreffen, das Militärkassationsgericht nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden ist (Art. 189 Abs. 4 MStP), bedeutet nicht, dass eine Begründung entbehrlich wäre (BOPP, a.a.O., N. 13 zu Art. 187–189 MStP). Vielmehr ist die beschwerdeführende Partei im Rahmen ihrer Begründungspflicht (E. 1c) gehalten, dem Militärkassationsgericht aufzuzeigen, inwiefern die vorgenannten Kriterien (E. 1b), die dem Militärkassationsgericht erlauben, in die vorinstanzliche Strafzumessung einzugreifen, im konkreten Einzelfall erfüllt sind (vgl. MKGE 15 Nr. 9 E. 3.5).

e) Im vorliegenden Fall richtet sich die eingereichte Kassationsbeschwerde gegen die vorinstanzliche Strafzumessung (vgl. Art. 41 ff. MStG, Art. 100 Ziff. 4 SVG), welche die Beschwerdeführerin aufgrund der im Vergleich zum erstinstanzlichen Schuldspruch erfolgten Halbierung der Tagessätze von 60 auf 30 (trotz gleichbleibendem Sachverhalt) als «nicht nachvollziehbar» erachtet. Dabei beruft sie sich insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (zu Art. 100 Ziff. 4 SVG), welches – nach der Darstellung der Beschwerdeführerin – bei weitaus geringeren Geschwindigkeitsübertretungen «sehr viel höhere Strafen (Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr)» ausgesprochen habe. Die im vorliegenden Fall ausgesprochenen 30 Tagessätze sind gemäss der Beschwerdeführerin «geradezu grotesk und damit willkürlich und völlig unhaltbar». Art. 41 Abs. 2 MStG siehe eine verschuldensangemessene Bestrafung vor. Indem die Vorinstanz das hohe Verschulden des Beschwerdegegners nicht angemessen berücksichtige, verletze sie Bundesrecht. Zudem handle die Vorinstanz «rechtswidrig», indem sie Art. 100 Ziff. 4 SVG entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auslege.

f) Die Beschwerdeführerin setzt sich in ihrer Kassationsbeschwerde mit den eingehenden Erwägungen der Vorinstanz zur Strafzumessung nicht begründet auseinander. Damit einhergehend vermag sie nicht aufzuzeigen, dass und inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen im Rahmen der Strafzumessung (namentlich bei der Würdigung der einzelnen Strafzumessungsfaktoren) verletzt haben soll (E. 1b).

Der blosser Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, ohne darzulegen, weshalb diese einschlägig bzw. mit dem vorliegenden Fall vergleichbar wäre (E. 2e), genügt den dargelegten Begründungsanforderungen nicht. Das Gleiche gilt, wenn die Beschwerdeführerin im Rahmen einer unzulässigen rein appellatorischen Kritik vorbringt, die Reduktion der ausgesprochenen Strafe durch die Vorinstanz sei «nicht nachvollziehbar», respektive wenn sie kritisiert, dass die verhängte Strafe «geradezu grotesk» bzw. «völlig unhaltbar» sei.

Die eingereichte Begründung der Kassationsbeschwerde weist somit – bei Lichte betrachtet – keinen eigentlichen materiellen Gehalt auf. Indes hat das Militärkassationsgericht im Urteil Nr. 942 vom 22. November 2024 festgehalten, dass die Einreichung einer inhaltsleeren Begründung ausreichend sein kann, um zumindest auf die Kassationsbeschwerde einzutreten (MKGE 16 Nr. 7 E. 2b). Unter Beachtung dieser Rechtsprechung wird im vorliegenden Fall auf die eingereichte Kassationsbeschwerde gerade noch eingetreten.

Angesichts des dem Sachgericht bei der Strafzumessung zustehenden Ermessens (E. 1b) wird das Militärkassationsgericht inskünftig auf Kassationsbeschwerden, die sich gegen die vorinstanzliche Strafzumessung richten, nur dann eintreten, wenn die beschwerdeführende Partei unter Bezugnahme auf das angefochtene Urteil hinreichend aufzeigt, inwiefern die Kriterien erfüllt sind, die dem Militärkassationsgericht erlauben würden, in die vorinstanzliche Strafzumessung einzugreifen.

g) Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

a) Gemäss Art. 100 Ziff. 4 SVG ist der Führer eines Feuerwehr-, Sanitäts-, Polizei- oder Zollfahrzeugs auf dringlichen oder taktisch notwendigen Dienstfahrten wegen Missachtung von Verkehrsregeln oder besonderen Anordnungen für den Verkehr nicht strafbar, wenn er alle Sorgfalt walten lässt, die nach den Umständen erforderlich ist. Auf dringlichen Dienstfahrten ist die Missachtung von Verkehrsregeln oder besonderen Anordnungen für den Verkehr nur dann nicht strafbar, wenn der Führer zudem die erforderlichen Warnsignale abgibt; die Abgabe der Warnsignale ist ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn sie der Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe entgegensteht. Hat der Führer nicht die Sorgfalt walten lassen, die nach den Umständen erforderlich war, oder hat er auf dringlichen Dienstfahrten nicht die erforderlichen Warnsignale abgegeben, so bleibt seine Strafbarkeit bestehen, die Strafe ist aber zu mildern.

b) Der Beschwerdegegner hat im vorliegenden Fall die erforderliche Sorgfalt zweifelsohne nicht walten lassen, weshalb gestützt auf Art. 100 Ziff. 4 SVG nur eine Strafmilderung, nicht hingegen eine Strafbefreiung möglich ist. In diesem Punkt gehen das Militärappellationsgericht 2 und die Beschwerdeführerin einig. Die Wahrung der Verhältnismässigkeit des Vorgehens und die Beachtung der nach den Umständen erforderlichen Sorgfalt sind daher nicht zu prüfen; sie stellen Voraussetzungen der Strafbefreiung dar.

c) Bei der Frage, ob die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum bei der Strafzumessung überschritten hat, kommt auch der übrigen Begründung des angefochtenen Urteils eine wesentliche Bedeutung zu. Die ausgefallte Strafe muss sich durch die gegebene Begründung rechtfertigen lassen. Entfernt sich das Urteil vom üblichen Strafmass, bedarf es zur Rechtfertigung einer zusätzlichen Begründung; andernfalls ist das Urteil aufzuheben (MKGE 13 Nr. 16 E. 4d m.H.). Insofern müssen die Erwägungen zur Strafzumessung nachvollziehbar sein und das Strafmass unter dem Gesichtswinkel der angegebenen Gründe als plausibel erscheinen lassen, was insbesondere für den Fall gilt, dass die ausgesprochene Strafe auffallend hoch oder milde erscheint (MKGE 14 Nr. 33 E. 5.4; MKGE 13 Nr. 16 E. 4d; MGKE 12 Nr. 20 E. 2).

d) Das Militärappellationsgericht 2 hält zur Strafzumessung fest, dass der Beschwerdegegner keine Vorstrafen aufweise. Sein Verschulden spreche in keinem Fall für ein Strafmass von über 180 Tagessätzen. Das Ausfällen einer Freiheitsstrafe erscheine weder spezial-, noch generalpräventiv geboten. Deshalb sei eine Geldstrafe auszusprechen.

Hinsichtlich der Festsetzung der Einsatzstrafe für die fahrlässige Körperverletzung sei zu berücksichtigen, dass die Privatklägerin durch den Unfall relativ leichte Verletzungen davongetragen habe, welche jedoch eine längere Arbeitsunfähigkeit nach sich gezogen und sich auf die psychische Gesundheit ausgewirkt hätten. Der Beschwerdegegner habe das Fahrzeug vor der Kollision nach rechts gelenkt, um die Privatklägerin zu schützen. Dabei habe er sich selbst einer erhöhten Gefahr ausgesetzt und ein Schleudertrauma erlitten. Das Tram sei aufgrund der ungünstigen optischen Konstellation mit den beleuchteten Schaufenstern im Hintergrund für die Insassen des Fahrzeugs erst spät erkennbar gewesen. Auch die Trampilotin habe das herannahende Blaulichtfahrzeug nicht rechtzeitig bemerkt. Es habe sich um die erste Blaulichtfahrt des Beschwerdegegners gehandelt. Aufgrund der zunächst falschen Kommunikation des Einsatzortes habe er unter zusätzlichem Zeitdruck gestanden. Es sei deshalb von einem leichten Verschulden im unteren Bereich auszugehen, wofür eine Einsatzstrafe von 40 Tagessätzen angemessen erscheine.

Diese Einsatzstrafe sei angemessen zu erhöhen, wobei in Bezug auf die grobe Verkehrsregelverletzung zu erwägen sei, dass die konkret angemessene Geschwindigkeit um ein Vielfaches überschritten worden sei. Hierfür sei eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 20 Tagessätze angemessen. Die Beschädigung militärischen Materials sei noch als leicht zu bewerten, womit die Strafe um weitere 10 Tagessätze zu erhöhen sei.

In Bezug auf Art. 100 Ziff. 4 SVG hält das Militärappellationsgericht 2 Folgendes fest: Der Beschwerdegegner habe aufgrund der Meldung der Einsatzzentrale annehmen dürfen, dass für die in die Schlägerei verwickelten Personen eine konkrete Gefahr für Leib und Leben bestehe. Zu Recht sei er davon ausgegangen, dass Betäubungsmittel im Spiel seien und sich Waffen in greifbarer Nähe befinden würden, deshalb auch eine Eskalation zu befürchten gewesen sei. Das Ziel, Leib und Leben zu schützen und hierfür möglichst rasch an den Einsatzort zu gelangen, habe den Beschwerdegegner dazu bewogen, seine Geschwindigkeit nicht den konkreten Verhältnissen anzupassen. Das Militärappellationsgericht 2 erwägt weiter, die Möglichkeit der Strafmilderung nach Art. 100 Ziff. 4 SVG trage dem Umstand Rechnung, dass sich der Fahrzeugführer während einer Blaulichtfahrt regelmässig in einem Interessenkonflikt befinde, der seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtige. Diese Umstände führten zu einer Reduktion um 30 Tagessätze.

Zu berücksichtigen seien bei der Festsetzung der Strafe sodann die schwierigen persönlichen Umstände in der Jugendzeit sowie der Einsatz des Beschwerdegegners, sich selbst weiterzuentwickeln und sowohl zivil als auch militärisch Verantwortung zu übernehmen. Ebenso sei die durchaus gute militärische Führung zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Er habe sich im Strafverfahren stets kooperativ gezeigt (obschon er ein grobfahrlässiges Verhalten in Abrede gestellt habe) und habe die Folgen seines Verhaltens nicht bagatellisiert. Diese Umstände würden eine Reduktion um weitere 10 Tagessätze rechtfertigen.

Im Ergebnis sei eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen auszusprechen. Aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdegegners legte das Militärappellationsgericht 2 sodann die Tagessätzhöhe fest.

e) Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist die ausgefallte Strafe im Vergleich zur üblichen Rechtsprechung zu Art. 100 Ziff. 4 SVG auffallend milde, weshalb sie in Bezug zu Urteilen des Bundesgerichts zu dieser Bestimmung zu stellen sei.

Dabei ist zu beachten, dass Art. 100 Ziff. 4 SVG per 1. August 2016 neu gefasst worden ist (HANS GIGER, SVG Kommentar, 9. Aufl. 2022, N. 22 zu Art. 100 SVG, m.w.H. auf die Gründe dieser Neuordnung, namentlich die ausführlichere Beschreibung und die Absicht, die bisherige Rechtslage etwas eingehender und präziser zu umschreiben). Urteile des Bundesgerichts, die sich auf die alte Fassung dieser Bestimmung beziehen, können daher nur bedingt beigezogen werden.

Festzuhalten ist, dass die von der Beschwerdeführerin angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar ist: Im Urteil 6B_1102/2016 vom 12. Dezember 2017 hatte das Bundesgericht den Fall zu beurteilen, in welchem die zulässige Höchstgeschwindigkeit deutlich mehr als im vorliegenden Fall überschritten wurde (innerorts 132 km/h statt 50 km/h) und eine Verurteilung nach Art. 90 Abs. 3 SVG erfolgte. Auch im Urteil 6B_1224/2019 vom 24. Januar 2020 wurde die zulässige Höchstgeschwindigkeit deutlich mehr als im vorliegenden Fall überschritten (innerorts 126 km/h statt 50 km/h), wobei der Täter nach Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG verurteilt wurde. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dass das Bundesgericht für weitaus geringere Geschwindigkeitsübertretungen «sehr viel höhere Strafen (Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr)» verhängt habe, dann geht ihre Kritik an der Sache vorbei. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass vorliegend keine eigenständige Strafe für die (grobe) Verkehrsregelverletzung ausgefällt worden ist. Vielmehr hat die Vorinstanz die Geschwindigkeitsüberschreitung – nach der Festlegung der Einsatzstrafe für die fahrlässige Körperverletzung – bei der Bildung der Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips (Art. 43 Abs. 1 MStG) berücksichtigt.

Andere Urteile des Bundesgerichts betreffen bisweilen eine andere Dienstkategorie (z.B. Fahrt eines Tierarztes wegen einer Kuh, deren Euter entzündet war, bei der die signalisierte Höchstgeschwindigkeit innerorts um 25 km/h überschritten wurde [BGer 6B_7/2010, Urteil vom 16. März 2010]; für einen weiteren Tierfall vgl. BGE 116 IV 364) oder die zulässige Höchstgeschwindigkeit war bei ausgeschalteter Sirene um 30 km/h bzw. 42 km/h überschritten worden (BGer 6B_1161/2018, Urteil vom 17. Januar 2019). Solche Fälle sind mit dem vorliegenden ebenfalls nicht vergleichbar. In einem älteren Fall, in dem es ebenfalls um das Überfahren eines Rotlichts ging, allerdings mit einer seitens des Täters geschätzten Geschwindigkeit von 40 km/h bis 50 km/h, kam es zur Strafbefreiung, obwohl der Täter die Geschwindigkeit beim Überfahren des Rotlichts nicht reduziert hatte (BGer 6S.162/2003, Urteil vom 4. August 2009). In einem weiteren Fall kam es aufgrund des Überfahrens eines Rotlichts zum Tod eines Motorradfahrers, obwohl die Geschwindigkeit des Ambulanzfahrzeugs 19 km/h betragen hatte. Die Lenkerin des Ambulanzfahrzeugs wurde zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je CHF 50.-- verurteilt (BGer 6B_738/2012, Urteil vom 18. Juli 2013). Auch diese Fälle sind mit dem vorliegenden Fall aus unterschiedlichen Gründen nicht vergleichbar. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich damit nicht, dass die im vorliegenden Fall ausgesprochene Strafe als auffallend hoch oder milde zu betrachten ist.

f) Die eingehenden vorinstanzlichen Erwägungen zur Strafzumessung sind nachvollziehbar und berücksichtigen die üblichen Kriterien. Es ist weder rechtsgenügend dargetan (E. 1f) noch ersichtlich, dass die Vorinstanz ihr Ermessen im Rahmen der Strafzumessung verletzt haben soll.

3.

a) Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde als unbegründet abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu Lasten des Bundes (ANDRÉ W. MOSER, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, N. 16 zu Art. 193 MStP, m.w.H.).

b) Die Entschädigung des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners in seiner Funktion als amtlicher Verteidiger bildet nicht Bestandteil des vorliegenden Urteils. Der Rechtsvertreter wird mittels separater Verfügung des Gerichtspräsidenten gesondert entschädigt (vgl. MOSER, a.a.O., N. 24 zu Art. 193 MStP).

(MKG 947, 19. September 2025, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

13

Art. 200 Abs. 1 lit. a MStP; Revision, fehlerhafte Berechnung der Dienstage

Die Gutheissung eines Revisionsgesuches setzt im Wesentlichen die Neuheit der geltend gemachten Tatsachen oder Beweismittel sowie die Möglichkeit voraus, dass dadurch das Urteil bzw. Strafmandat beeinflusst werden könnte (E. 2b). Für die Prüfung des Revisionsgrunds von neuen Tatsachen oder Beweismitteln gilt ein strenger Massstab, da die Revision nicht dazu dienen darf, ein verpasstes Rechtsmittel nachzuholen (E. 2d). Das ergangene Urteil muss mit hoher Wahrscheinlichkeit falsch sein (E. 2f).

Es ist Aufgabe der Kontrollführung Grundausbildung des Kommandos Ausbildung – Personelles der Armee, die erfüllte Anzahl Dienstage korrekt zu berechnen. Im Zeitpunkt des Strafmandats war dies in casu nicht geschehen. Dieser Umstand war weder der zuständigen Verwaltungsstelle, dem Untersuchungsrichter, dem Auditor noch dem Beschuldigten gesichert bekannt und weder der Untersuchungsrichter noch der Auditor haben entsprechende Abklärungen getätigt. Es gereicht dem Beschuldigten daher nicht zum Nachteil, wenn die zuständige Stelle untätig bleibt (E. 4e).

Die schliesslich durchgeführte Neuberechnung der Dienstage ergab, dass der Beschuldigte seine Dienstleistungspflicht erfüllt hatte (E. 5b). Diese neu geltend gemachte Tatsache ist geeignet, eine Einstellung des Verfahrens oder zumindest ein erheblich geringeres Strafmass zu bewirken (E. 5c).

Art. 200 al. 1 let. a PPM ; révision, calcul erroné des jours de service

L'admission d'une demande de révision suppose essentiellement la nouveauté des faits ou des moyens de preuve invoqués, ainsi que la possibilité de voir ceux-ci influencer le jugement ou l'ordonnance de condamnation (consid. 2b). Pour l'examen du motif de révision fondé sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux, un critère strict doit être appliqué, car la révision ne doit pas servir à rattraper un recours manqué (consid. 2d). Il doit exister une forte probabilité que le jugement rendu soit erroné (consid. 2f).

Il incombe à la Tenue du contrôle du service d'instruction de base du commandement de l'instruction – Personnel de l'armée de calculer correctement le nombre de jours de service accomplis. A l'époque de l'ordonnance de condamnation, dans le cas d'espèce, cela n'avait pas été fait. Ni l'autorité administrative compétente, ni le juge d'instruction, ni l'auditeur, ni le prévenu n'en avaient une connaissance certaine, et ni le juge d'instruction ni l'auditeur n'ont

procédé à des vérifications à ce sujet. Si l'autorité compétente reste inactive, le prévenu ne doit pas en subir un désavantage (consid. 4e).

Le nouveau calcul des jours de service finalement effectué a montré que le prévenu avait accompli son service obligatoire (consid. 5b). Ce fait nouvellement invoqué est de nature à entraîner un classement de la procédure ou, à tout le moins, une nette réduction de la peine (consid. 5c).

Art. 200 cpv. 1 lett. a PPM; revisione, calcolo erroneo dei giorni di servizio

L'ammissione di una domanda di revisione presuppone in buona sostanza la novità dei fatti o dei mezzi di prova adottati e la possibilità che questi possano influire sulla sentenza rispettivamente sul decreto d'accusa (consid. 2b). Per l'esame del motivo di revisione in caso di fatti o mezzi di prova nuovi si applica un criterio restrittivo, ritenuto che la revisione non è destinata a permettere di recuperare un rimedio giuridico che non è stato presentato (consid. 2d). La sentenza pronunciata deve essere con alta probabilità errata (consid. 2f).

È compito della tenuta dei controlli dell'istruzione di base del Comando Istruzione – Personale dell'esercito calcolare correttamente il numero dei giorni di servizio. Ciò non era il caso al momento dell'emanazione del decreto d'accusa. Tale circostanza non era nota all'autorità amministrativa competente, al giudice istruttore, all'uditore e nemmeno all'imputato. Accertamenti al riguardo non sono stati svolti né dal giudice istruttore né dall'uditore. Pertanto, il fatto che l'autorità competente sia rimasta inattiva non va a detrimento dell'imputato (consid. 4e).

Il successivo ricalcolo dei giorni di servizio ha rivelato che l'imputato aveva adempiuto il suo obbligo di prestare servizio (consid. 5b). Questo fatto nuovo è idoneo a comportare l'abbandono del procedimento o quantomeno una significativa riduzione della pena (consid. 5c).

Sachverhalt:

A.

Mit Strafmandat vom 29. September 2023 sprach der Auditor der Auditorenregion 2 Oblt A. _____ der fahrlässigen Militärdienstversäumnis im Sinne von Art. 83 Abs. 1 lit. b des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 800.-- und bei schuldhaftem Nichtbezahlen zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen. Die Kosten des Verfahrens von Fr. 450.-- wurden Oblt A. _____ auferlegt.

Der Verurteilung lag gemäss den Sachverhaltsfeststellungen im erwähnten Strafmandat zugrunde, dass Oblt A. _____ "am 16.05.2022 um 10.00 Uhr nicht den ADF vom 16.05.–10.06.2022 [...] mit der Inf DD S 14 in Birmensdorf ein[rückte], wobei er dazu per Marschbefehl aufgeboten und dienst- sowie einrückungspflichtig war. Der Beschuldigte hatte Kenntnis vom Aufgebot, handelte jedoch pflichtwidrig unvorsichtig, indem er sich auf die mündliche Zusage des Personalverantwortlichen seiner Arbeitgeberin, der B. _____, verliess, dass die Dienstbefreiung gemäss aArt. 18 Abs. 1 lit. f (nunmehr Art. 18 Abs. 1 lit. c Ziff. 4) des Bundes-

gesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung [Militärgesetz, MG; SR 510.10] in die Wege geleitet wird, ohne sich danach zu vergewissern, dass diese Dienstbefreiung rechtzeitig bewilligt wurde. Aufgrund schwerwiegender interner Ereignisse bei der B._____ wurde die Dienstbefreiung stark verzögert beantragt und per 7.9.2022 schliesslich bewilligt." Das Strafmandat erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

Mit Revision vom 26. März 2025 ersuchte Oblt A._____ gestützt auf Art. 200 Abs. 1 lit. a des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1) um Revision des besagten Strafmandats, da nachträglich Tatsachen und Beweismittel bekannt geworden seien, die geeignet seien, einen Freispruch oder eine erheblich mildere Bestrafung herbeizuführen. Es habe sich nach eingehender Klärung seiner offenen Dienstage herausgestellt, dass seine in den Systemen der Schweizer Armee erfassten Dienstage fehlerhaft gewesen seien. Es seien 39 Dienstage nicht eingetragen gewesen, so dass – anders als in der zum Strafmandat führenden Untersuchung angenommen – von ihm nicht mehr 78 Dienstage zu leisten gewesen wären, sondern nur noch 39. Im Lichte dieser letzten, von der zuständigen Stelle bestätigten geringeren Anzahl offener Dienstage wäre er in den Genuss der sogenannten 10 %-Regelung (hierzu unten E. 5b) gelangt und hätte zum Zeitpunkt des Aufgebotes für den ADF seine Dienstpflicht erfüllt gehabt. Damit hätte das Militärstrafverfahren eingestellt werden oder ein Freispruch ergehen müssen.

Erwägungen:

1.

Als Verurteilter ist der Gesuchsteller legitimiert, beim Militärkassationsgericht schriftlich die Revision eines rechtskräftigen Strafmandats zu verlangen (Art. 200 Abs. 1, Art. 202 lit. b und Art. 203 Abs. 1 MStP). Im Militärstrafverfahren kann ein Revisionsgesuch grundsätzlich jederzeit eingereicht werden; es ist – vorbehältlich vorliegend nicht interessierender Ausnahmen (Art. 200 Abs. 1 lit. f MStP) – nicht an eine bestimmte Frist gebunden (MKGE 13 Nr. 8 E. 1; 12 Nr. 11 E. 1b). Das Revisionsgesuch ist zu begründen (Art. 203 Abs. 2 MStP; MKGE 14 Nr. 5). Die entsprechenden Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Revision ist allerdings rein kassatorischer Natur (Art. 207 Abs. 1 und Art. 208 Abs. 1 MStP; MKGE 13 Nr. 8 E. 1). Insoweit das Begehren des Gesuchstellers über die Gutheissung des Revisionsgesuchs hinausgeht und er die Aufhebung des Strafmandats bzw. die Umwandlung in einen Freispruch beantragt, ist darauf nicht einzutreten.

2.

a) Gemäss Art. 200 Abs. 1 lit. a MStP kann die Revision eines rechtskräftigen Urteils verlangt werden, wenn Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, die dem Richter im früheren Verfahren nicht bekannt waren und die allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen geeignet sind, einen Freispruch oder eine erheblich geringere Bestrafung des Verurteilten zu bewirken. Im Strafmandatsverfahren kann kein Freispruch erfolgen (Art. 4b, 112 und 119 Abs. 1 MStP), sondern das Verfahren wäre einzustellen, sollte der Auditor zum Schluss

kommen, keine Anklage zu erheben bzw. kein Strafmandat zu erlassen. Die Einstellung des Verfahrens als für den Gesuchsteller günstigeren Ausgang ist daher ebenfalls Teil von Art. 200 Abs. 1 lit. a MStP und zulässig.

b) Die Gutheissung eines Revisionsgesuches setzt im Wesentlichen die Neuheit der geltend gemachten Tatsachen oder Beweismittel sowie die Möglichkeit voraus, dass dadurch das Urteil bzw. das hier allein interessierende Strafmandat beeinflusst werden könnte (MKGE 16 Nr. 4 E. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen).

c) Neu ist eine Tatsache oder ein Beweismittel, welches zum Zeitpunkt des Strafmandats bereits vorhanden war, dem Gericht bzw. dem Auditor nicht vorlag und deshalb nicht zur Grundlage des Strafmandats gemacht worden ist (MKGE 16 Nr. 4 E. 2.3.1; THOMAS FINGERHUTH, in: Wehrenberg/Martin/ Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008, Art. 410 N 7; zum insoweit mit Art. 200 Abs. 1 lit. a MStP vergleichbaren Art. 410 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO; SR 312.0] vgl. MARIANNE HEER/JACQUELINE COVACI, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. Basel 2023, Art. 410 N 34). Es müssen nicht Tatsachen und Beweismittel neu sein, da beide Elemente alternativ zu verstehen sind (THOMAS FINGERHUTH, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. Zürich 2020, Art. 410 N 59; DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. Aufl. Zürich 2023, Art. 410 N 13). Vor diesem Hintergrund schadet nicht, wenn ein Beweismittel erst nach dem gegebenenfalls in Revision zu ziehenden Strafmandat erstellt worden ist, sofern die damit zu erstellende/beweisende Tatsache vorbestehend ist. Als Tatsachen gelten dabei alle Umstände, welche im Rahmen des dem Strafmandat zugrunde gelegten Sachverhalts von Bedeutung sind (FINGERHUTH, MStP-Kommentar, Art. 410 N 9), mithin auch solche, die sich auf objektive und subjektive Tatbestandselemente beziehen (HEER/COVACI, a.a.O., Art. 410 N 48).

d) Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass bei der Prüfung des Revisionsgrunds von neuen Tatsachen oder Beweismitteln gestützt auf Art. 200 Abs. 1 lit. a MStP allgemein ein strenger Massstab anzulegen ist (FINGERHUTH, a.a.O., Art. 200 MStP N 6). Ein wichtiger Grundsatz im Revisionsrecht bildet der Umstand, dass die Revision nicht dazu dienen darf, ein verpasstes Rechtsmittel nachzuholen (hierzu HEER/COVACI, a.a.O., Art. 410 StPO N 10; JOSITSCH/SCHMID, a.a.O., Art. 410 StPO N 2; THOMAS MAURER, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger [Hrsg.], Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2008, S. 407).

e) Ein strenger Massstab betreffend Revision von Strafmandaten gilt auch im bürgerlichen Recht. In BGE 130 IV 72 E. 2.3 betonte das Bundesgericht etwa, ein Strafbefehl stelle einen dem Angeeschuldigten vorgeschlagenen Entscheid dar, welcher in einem vereinfachten Verfahren erlassen und nur dann rechtliche Wirkungen entfalte, wenn er angenommen werde. Die Annahme geschehe dadurch, dass keine Einsprache erhoben werde; wenn indes der Angeklagte den Vorschlag ablehne, so genüge es, Einsprache zu erheben, damit das ordentliche Urteilsverfahren eröffnet werde. Das Strafbefehlsverfahren weise mithin die Eigenart auf, dass es den Angeschuldigten zwingt, Stellung zu nehmen. Er müsse innerhalb der dafür vorgesehenen Frist Einsprache

erheben, wenn er seine Verurteilung nicht akzeptiere, weil er sich etwa auf übergangene Tatsachen berufen wolle, die er als wichtig erachte. Dieses System würde indessen kompromittiert, wenn der Angeschuldigte, nachdem er die Einsprachefrist unbenutzt verstreichen gelassen habe, auf seine so gegebene Zustimmung zurückkommen und die Revision des Strafbefehls wegen Tatsachen, die er bereits in einem ordentlichen Verfahren vorzubringen in der Lage gewesen wäre, verlangen könnte. Das Bundesgericht gelangt daher im genannten Entscheid zum Schluss, dass ein Gesuch um Revision eines Strafbefehls als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, wenn es sich auf Tatsachen stützt, die dem Verurteilten von Anfang an bekannt waren, die er ohne schützenswerten Grund verschwiegen und die er in einem ordentlichen Verfahren hätte geltend machen können, welches auf einfache Einsprache hin eingeleitet worden wäre. Demgegenüber kann die Revision eines Strafbefehls in Betracht kommen wegen wichtiger Tatsachen oder Beweismittel, welche die verurteilte Person im Zeitpunkt, als der Strafbefehl erging, nicht kannte oder die schon damals geltend zu machen für sie unmöglich war oder keine Veranlassung bestand. Dabei ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob unter den gegebenen Umständen das Revisionsgesuch dazu dient, den ordentlichen Rechtsweg zu umgehen. Diese Grundsätze hat das Bundesgericht seither in ständiger Praxis wiederholt bestätigt (vgl. etwa die Urteile 6B_310/2011 vom 20. Juni 2011 E. 1.3; 6B_545/2014 vom 13. November 2014 E. 1.2; 6B_1326/2015 vom 14. März 2016 E. 2.2.3; 6B_503/2016 vom 29. August 2016 E. 2.1; BGE 145 IV 197). In der Lehre wird teilweise noch weitergehend postuliert, das Revisionsgesuch gegen einen Strafbefehl sei rechtsmissbräuchlich, wenn die Umstände mit Einsprache hätten vorgebracht werden können (DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, a.a.O., Art. 410 StPO N 13; vgl. auch DIESELBEN, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023, N 1595 FN 407).

f) Die Möglichkeit der Beeinflussung des Strafmandats durch die neue Tatsache setzt nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts keine unumstössliche Gewissheit voraus, dass die Neuurteilung zu einem anderen Ergebnis kommen wird (so etwa MKGE 12 Nr. 1 E. 2a). Die neuen Tatsachen oder Beweismittel müssen freilich die Überzeugung wecken, dass das Urteil bzw. das Strafmandat mit hoher Wahrscheinlichkeit ("selon toute vraisemblance") falsch ist (MKGE 16 Nr. 4 E. 2.3.1). Die bloss allgemeine Möglichkeit oder geringe Wahrscheinlichkeit, dass sich das frühere Urteil als falsch erweisen könnte, genügt dagegen nicht (MKGE 13 Nr. 8 E. 2b).

3.

a) Der Gesuchsteller hat im vorliegenden Revisionsverfahren vorgebracht, dass seine in den Systemen der Schweizer Armee erfassten Dienstage fehlerhaft gewesen seien (vgl. Sachverhalt B). Der Gesuchsteller reichte dabei mit dem Revisionsgesuch einen Kurzbrief vom 25. Februar 2025 von C._____, Sachbearbeiterin Rekruten und unteres Kader, ein, wonach 39 nicht erfasste Dienstage aus dem Jahr 2011 nachträglich eingebucht worden seien. Der Gesuchsteller legt weiter einen Ausdruck eines E-Mails vom 4. März 2025 von C._____ auf. Darin erwähnt sie, dass eine erneute Prüfung mit dem Spezialisten für Durchdiener ergeben habe, dass der Gesuchsteller unter Berücksichtigung der sogenannten 10 %-Regelung (hierzu unten E. 5b) die Dienstleistungspflicht erfüllt habe. Im vorliegenden Fall seien somit 540 Tage zu leisten (600-60

=540 Tage). Damit werde er gemäss der Bestätigung von C. _____ per 31. Dezember 2025 aus der Armee entlassen.

b) Der Gesuchsteller begründet sein Revisionsgesuch weiter damit, dass während der Ermittlungen von 78 offenen Diensttagen ausgegangen worden sei, was sich nun als unzutreffend herausgestellt habe. Aufgrund der Nachbuchung und Regelung für Durchdienende hätte er wohl bereits Ende 2015 aus der Schweizer Armee entlassen werden müssen; jedenfalls habe er aber zum Zeitpunkt seines Aufgebots für den ADF vom 16. Mai bis 10. Juni 2022 seine Dienstpflicht erfüllt gehabt. Die Verkettung von Versäumnissen und Missverständnissen seitens der Verwaltungsstellen habe dazu geführt, dass gegen ihn zu Unrecht ein Strafverfahren eingeleitet worden sei, das mit einer Verurteilung geendet habe. Diese Umstände seien erst durch seine Hartnäckigkeit aufgedeckt worden. Wären seine Diensttage von der Militärverwaltung richtig erfasst und seine Dienstpflicht richtig berechnet worden, hätte er gar nie zum entsprechenden ADF aufgeboten werden dürfen. Jedenfalls hätte das Militärstrafverfahren eingestellt werden oder ein Freispruch ergehen müssen.

4.

a) Das dem Revisionsgesuch vom 26. März 2025 zugrundeliegende Strafmandat des Auditors der Auditorenregion 2 vom 29. September 2023 ist am 17. Oktober 2023 mangels Einsprache des Gesuchstellers unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Dabei ist der Gesuchsteller in der betreffenden Rechtsmittelbelehrung auf die Möglichkeit der Einsprache innert 10 Tagen gemäss Art. 122 Abs. 1 MStP aufmerksam gemacht worden. Ebenso ist er darauf hingewiesen worden, dass das Strafmandat in Rechtskraft erwächst, wenn keine Einsprache erhoben wird (Art. 123 Abs. 1 MStP).

b) Aus dem dem Revisionsbegehren vom 26. März 2025 beigelegten E-Mail des Gesuchstellers vom 4. März 2025 an den Oberauditor geht ausdrücklich hervor, dass der Gesuchsteller bereits vor Einleitung des Strafmandatsverfahrens positive Kenntnis über den Umstand hatte, wonach sich die Berechnung seiner Dienstpflicht als fehlerhaft erweisen könnte. So führt der Gesuchsteller im besagten E-Mail folgendes aus: "*Bereits vor dem Strafverfahren* [Hervorhebung hinzugefügt] hatte ich mehrfach telefonisch gegenüber Frau D. _____, Fachspezialistin Milizpersonal, darauf hingewiesen, dass mir die verbleibenden 78 Diensttage ungewöhnlich hoch erschienen. Leider wurden diesbezüglich keine Abklärungen getroffen." Der Gesuchsteller bestätigt diesen Umstand sodann in einer weiteren Passage des E-Mails vom 4. März 2025, indem er dort darlegt, dass das Strafverfahren unter keinen Umständen hätte eingeleitet werden dürfen, wenn D. _____ seiner mehrfachen Aufforderung nachgekommen wäre und ihre Arbeit korrekt ausgeführt hätte. Daraus erhellt, dass der Gesuchsteller gemäss seinen eigenen Bekundungen nicht nur vor Erlass des Strafmandats, sondern sogar vor der Einleitung des betreffenden Verfahrens Zweifel hatte, ob die entsprechenden Diensttage korrekt berechnet waren, weshalb er in der Folge mehrfach in telefonischen Kontakt mit der Fachspezialistin Milizpersonal getreten ist.

c) Am 24. Mai 2023 wurde der Gesuchsteller vom zuständigen Untersuchungsrichter zur Person und zur Sache eingehend einvernommen (vgl. das 21-seitige Einvernahmeprotokoll, act. 3 047 ff.), wobei der Gesuchsteller nahezu vollumfänglich von seinem Aussageverweigerungsrecht

Gebrauch machte. Dabei wurde er seitens des Untersuchungsrichters insbesondere darauf hingewiesen, dass gemäss PISA-Auszug noch 78 Diensttage offen seien, sowie ausdrücklich gefragt, wie er sich dazu stelle, worauf er ebenfalls die Aussage verweigerte (act. 3 050). Im Verlaufe der ausführlichen Befragung wurden die 78 zu leistenden Diensttage später nochmals thematisiert, wobei der Gesuchsteller abermals keine Aussage machte (act. 3 063). Am Schluss der Einvernahme wurde der Gesuchsteller gefragt, ob er etwas zu den Akten sagen wolle, und ob er eine Ergänzung der Untersuchung verlange, was jeweils verneint wurde (act. 3 065 f.). Eine Ergänzung der Untersuchung gemäss Art. 113 MStP im Sinne von weiteren Beweis- oder Verfahrensanträgen, namentlich es seien zusätzliche Abklärungen über die verbleibende Anzahl von Diensttagen zu tätigen, wurde durch den Gesuchsteller trotz entsprechender Anfrage seitens des Untersuchungsrichters nicht gestellt.

d) In gleicher Weise hat der Gesuchsteller während des gesamten Strafmandatsverfahrens darauf verzichtet, geeignete ergänzende Beweis- und Verfahrensanträge zur Abklärung der Thematik zu stellen. Schliesslich hat der Gesuchsteller darauf verzichtet, gegen das Strafmandat vom 29. September 2023 den Rechtsbehelf der Einsprache zu erheben und seine diesbezügliche entlastende Argumentation in das ordentliche Verfahren einzubringen.

e) Dem Gesuchsteller ist allerdings zugute zu halten, dass er weder im Zeitpunkt des Strafverfahrens noch im Zeitpunkt des Strafbefehls genau wusste, wieviele Diensttage er noch zu leisten hatte. Er konnte daher nicht gesichert wissen, ob er noch einrückungspflichtig war. Seitens der zuständigen Militärstellen wurden denn auch jahrelang keine sachdienlichen Abklärungen getroffen. Erst C._____ hat im März 2025 die Diensttage von 2011 korrekt erfasst. Der Gesuchsteller hatte vor dem Untersuchungsrichter zwar Zweifel betreffend die geleisteten Diensttage, aber noch keinen sicheren Bescheid. Entscheidend erscheint, dass die erfüllte Anzahl Diensttage *im Zeitpunkt* des Strafbefehls seitens der Militärbehörden falsch berechnet waren. Dieser Umstand war niemandem gesichert bekannt, und zwar weder der zuständigen Verwaltungsstelle, dem Untersuchungsrichter und dem Auditor einerseits noch dem Beschuldigten und heutigen Gesuchsteller andererseits.

Zudem haben weder der Untersuchungsrichter noch der Auditor die Diensttage abgeklärt. Eine gesicherte Berechnung besteht erst seit März 2025. Es ist Aufgabe der zuständigen Stelle, nämlich der Kontrollführung Grundausbildung des Kommandos Ausbildung – Personelles der Armee, die verbleibenden Diensttage korrekt zu berechnen. Es kann dem Gesuchsteller daher nicht zum Nachteil gereichen, wenn diese zuständige Stelle untätig bleibt. Zudem ist daran zu erinnern, dass dem Beschuldigten im Strafverfahren keine Mitwirkungspflicht zukommt: Er muss daher weder ein Rechtsmittel einlegen noch kommt ihm eine irgendwie geartete Handlungspflicht zu. Er müsste auch nicht wahrheitsgemäss aussagen. Der Gesuchsteller musste den Untersuchungsrichter oder den Auditor daher nicht dazu bringen, die Diensttage abzuklären. Diese hätten dies aufgrund ihrer Untersuchungsflucht selbst tun müssen.

5.

a) Der Gesuchsteller erfüllt als sogenannter Durchdiener (grundsätzlich) seine Ausbildungsdienstpflicht ohne Unterbrechung (Art. 54a des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die

Armee und die Militärverwaltung [Militärgesetz; SR 510.10]). Dass er im Zeitpunkt des Strafmandats bereits aus der Militärdienstpflicht entlassen worden wäre (vgl. Art. 122 MG), macht er nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Der Gesuchsteller führt aber eine fehlerhafte Berechnung der Dienstpflicht ins Feld. Diese beträgt nach den auf den Gesuchsteller anwendbaren Art. 42 Abs. 3 MG in Verbindung mit Art. 111 Abs. 2 lit. c der Verordnung vom 22. November 2017 über die Militärdienstpflicht (VMDP; SR 512.21) 600 Tage, da er vor dem 31. Dezember 2017 zu seinem aktuellen Grad befördert worden ist. Gemäss Art. 111 Abs. 3 VMDP werden Durchdienende nach den Absätzen 1 und 2 nicht mehr zu Ausbildungsdiensten aufgeboten, und ihre Ausbildungsdienstpflicht gilt im Sinne von Artikel 54a MG als erfüllt, wenn sie von den insgesamt zu leistenden anrechenbaren Tagen Ausbildungsdienst höchstens noch den Anteil nach Art. 63 Abs. 2^{bis} [VMDP] leisten müssten. Letztere Bestimmung hält seinerseits in der auf den Gesuchsteller anwendbaren lit. b fest, Durchdienende würden nicht mehr zu Ausbildungsdiensten aufgeboten und ihre Ausbildungsdienstpflicht gelte im Sinne von Artikel 54a MG als erfüllt, wenn sie von den insgesamt zu leistenden anrechenbaren Tagen Ausbildungsdienst nach Art. 47 Abs. 1 (entsprechend auch Art. 111 Abs. 2 lit. c) höchstens noch 10 % leisten müssten (10 %-Regel). Durchdienende Angehörige der Armee im Grad eines Oberleutnants, welche vor dem 31. Dezember 2017 zu ihrem aktuellen Grad befördert wurden, sind in Anwendung der skizzierten Regelung mithin ab 540 anrechenbaren Diensttagen (600-60=540 Tage) nicht mehr zu Ausbildungsdiensten aufgeboten worden (bzw. aufzubieten gewesen) und die Ausbildungsdienstpflicht hätte als erfüllt zu gelten gehabt.

b) Die vom Gesuchsteller eingereichten Dokumente erweisen sich aufgrund der Ausführungen als neu im Sinne der einschlägigen Voraussetzungen von Art. 200 Abs. 1 lit. a MStP (vgl. E. 1 und 2). Sie erweisen sich überdies als geeignet, die Überzeugung zu wecken, dass das Urteil bzw. das Strafmandat mit hoher Wahrscheinlichkeit falsch ist, bestätigt doch mit C. _____, der Sachbearbeiterin Rekruten und unteres Kader der Kontrollführung Grundausbildung (des Kommandos Ausbildung – Personelles der Armee), eine als zuständig zu erachtende offizielle Stelle mit Schreiben vom 25. Februar 2025 und E-Mail vom 4. März 2025 die vom Gesuchsteller geltend gemachten Ausführungen, wonach nur noch 39 Dienstage offen stünden und er unter Berücksichtigung der 10 %-Regelung (hierzu oben E. 5b) für Durchdienende die Dienstleistungspflicht erfüllt habe.

c) Es ist aufgrund des vorliegenden Sachverhalts nicht ersichtlich, dass dieser Umstand bereits im Zeitpunkt des Strafmandatsverfahrens bekannt war. Die neu geltend gemachte Tatsache ist somit geeignet, eine Einstellung des Verfahrens oder zumindest ein erheblich geringeres Strafmass zu bewirken. Das Revisionsgesuch ist daher gutzuheissen. Das Strafmandat des Auditors der Auditorenregion 2 vom 29. September 2023 ist aufzuheben und die Sache zur Neu Beurteilung an den geschäftsleitenden Auditor der Auditorenregion 2 zurückzuweisen (Art. 207 Abs. 1 MStP).

7.

a) Nicht zu beurteilen ist im vorliegenden Zusammenhang, ob der Gesuchsteller mit nicht gesicherter Kenntnis der erfüllten Dienstpflicht und ohne sich vergewissert zu haben, ob die Dienstbefreiung aufgrund seiner Tätigkeit als Polizist gültig bewilligt worden ist, den Marschbefehl zum ADF vom 16. Mai bis 10. Juni 2022 ohne weitere Handlungen seinerseits ignorieren konnte.

b) Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Kosten des Revisionsverfahrens zu Lasten des Bundes (Art. 207 Abs. 3 MStP *e contrario*).

(MKG 948, 4. Juli 2025, A. gegen Auditor der Auditorenregion 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

14

Art. 72 und 78 MStG; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, Fälschung dienstlicher Aktenstücke, Annahme eines leichten Falles (Kassationsbeschwerde des Oberauditors)

Ein Fall gilt dann als leicht, wenn die Tat unter Berücksichtigung des Verschuldens, der Beweggründe, der persönlichen Verhältnisse und der dienstlichen Führung des Fehlbaren sowie unter Berücksichtigung eines geordneten Dienstes als geringfügig erscheint, wobei eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu erfolgen hat. Dabei muss der Fall sowohl in objektiver (Tatkomponente) als auch in subjektiver Hinsicht (Täterkomponente) geringfügig sein. Letztlich haben gewichtige Gründe vorzuliegen, welche das bewirkte Unrecht als gering erscheinen lassen (Strafminderungsgründe), und Anhaltspunkte für besonderes Unrecht zu fehlen (Straferhöhungsgründe) (E. 4.).

In casu Verneinung eines leichten Falles (E. 5.1).

Der Angeklagte kann nichts zu seinen Gunsten ableiten, dass sich sein Verhalten nicht zum spezifischen Nachteil der betroffenen Covid-Patienten ausgewirkt habe. Das strafrechtlich relevante Unrecht bestimmt sich mithin unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Gefährdung oder gar Verletzung eines Rechtsguts (E. 5.6).

Art. 72 et 78 CPM ; inobservation des prescriptions de service, faux dans les documents de service, admission d'un cas de peu de gravité (pourvoi en cassation de l'auditeur en chef)

Un cas est considéré comme de peu de gravité lorsque l'acte semble insignifiant compte tenu de la culpabilité, des mobiles, de la situation personnelle et de la conduite au service militaire du fautif, une appréciation globale de l'acte et de son auteur devant être effectuée. Le cas doit être peu de gravité aussi bien d'un point de vue objectif (« Tatkomponente ») que subjectif (« Täterkomponente »). Enfin, il doit exister des raisons importantes qui font apparaître le tort causé comme mineur (circonstances permettant l'atténuation de la peine), tandis qu'il ne doit pas exister d'indices relatifs à un tort particulier (circonstances permettant l'aggravation de la peine) (consid. 4).

Dans le cas d'espèce, refus d'admettre le cas léger (consid. 5.1).

L'accusé ne peut invoquer à sa décharge le fait que son comportement n'ait pas produit de conséquences négatives spécifiques pour les patients atteints de Covid. Le tort pénalement pertinent est donc déterminé indépendamment de l'existence d'un danger concret ou même d'une atteinte à un bien juridique (consid. 5.6).

Art. 72 e 78 CPM; inosservanza di prescrizioni di servizio, falsità in documenti di servizio, ammissione di un caso di poca gravità (ricorso per cassazione dell'uditore in capo)

Un caso poco grave può essere ammesso quando l'atto è di poca gravità tenuto conto della colpa, dei motivi, della situazione personale e della condotta durante il servizio militare dell'interessato nonché dell'andamento ordinato del servizio. È necessaria una valutazione globale dell'atto e dell'autore. Il caso deve essere di poca gravità sia da un punto di vista oggettivo (circostanze legate all'atto stesso) che soggettivo (circostanze afferenti la situazione personale dell'autore). In definitiva, devono sussistere motivi importanti che lascino apparire il torto causato di poca gravità (motivi di diminuzione della pena) e non devono esserci indicazioni di un particolare torto subito (motivi di inasprimento della pena; consid. 4).

Nel caso di specie, negazione di un caso di poca gravità (consid. 5.1).

L'accusato non può dedurre alcunché a suo favore dal fatto che il suo comportamento non ha avuto uno specifico effetto a danno dei pazienti interessati affetti da Covid. Il torto subito, rilevante nel diritto penale, si determina indipendentemente dalla sussistenza di una messa in pericolo concreta o dalla lesione di un bene giuridico (consid. 5.6).

Sachverhalt:

A.

A.a. Sanitätssoldat A. _____ (nachfolgend: Angeklagter) leistete im Rahmen seines Ausbildungsdienstes als Durchdiener vom 22. Mai 2021 bis zum 11. November 2021 bei der San S 42 Militärdienst. Am Wochenende vom 11. und 12. September 2021 hatte er im Medizinischen Zentrum der Region Thun den Auftrag, insgesamt sechs Armeeangehörige als Covid-Patienten in der Isolationsstation zu betreuen und zu überwachen. Seine Aufgaben umfassten namentlich, zwei Mal täglich die Vitalparameter – sprich die Temperatur, den Puls und die Sauerstoffsättigung – zu erheben, das Essen in der vorgeschriebenen Schutzbekleidung zu bringen und die Patienten zu beaufsichtigen.

A.b. Mit Untersuchungsbefehl vom 11. Januar 2022 ordnete Oberst i Gst B. _____, Kommandant der San S 42, eine Voruntersuchung gegen den Angeklagten an. Der zuständige Untersuchungsrichter eröffnete mit Verfügung vom 4. Februar 2022 eine Voruntersuchung, die er mit Verfügung vom 30. März 2022 schloss. Auf Begehren des Auditors hin wurde die Voruntersuchung mit Verfügung vom 1. Juli 2022 wieder eröffnet und mit Verfügung vom 1. Oktober 2022 erneut geschlossen. Am 7. März 2023 erhob der Auditor Anklage beim Militärgericht 2.

B.

B.a. Mit Urteil vom 23. Juni 2023 sprach das Militärgericht 2 den Angeklagten vom Vorwurf der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 172 Ziff. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) frei (Dispositiv-Ziffer 1). Sodann wurde der Angeklagte jeweils unter Annahme eines leichten Falls und disziplinarischer Erledigung freigesprochen vom Vorwurf

der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 Abs. 1 MStG betreffend Nichterhebung von Vitalparametern, vom Vorwurf der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 Abs. 1 MStG betreffend Nichttragen der vorgeschriebenen Schutzbekleidung sowie vom Vorwurf der Fälschung dienstlicher Aktenstücke im Sinne von Art. 78 Ziff. 1 Abs. 1 MStG (Dispositiv-Ziffer 2). Der Angeklagte wurde zu einer Disziplinarbusse von CHF 500.00 verurteilt bzw. zu einer ersatzweisen Arreststrafe von 5 Tagen (Dispositiv-Ziffer 3). Die Kosten des Verfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr, Zeugenentschädigungen sowie einer Dolmetscherentschädigung von insgesamt CHF 1'800.00, wurden dem Angeklagten im Betrag von CHF 800.00 auferlegt, der Restbetrag ging zu Lasten der Bundeskasse (Dispositiv-Ziffer 4).

B.b. Auf Appellation des Auditors hin hob das Militärappellationsgericht 2 mit Urteil vom 26. November 2024 den erstinstanzlichen Richterspruch auf (Dispositiv-Ziffer 1). Es sprach den Angeklagten vom Vorwurf der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 172 MStG, der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 MStG (Nichterhebung der Vitalparameter am 11. September 2021) sowie der Fälschung dienstlicher Aktenstücke im Sinne von Art. 78 MStG (Nichteintragung der Vitalparameter am 11. September 2021) frei (Dispositiv-Ziffer 2). Ebenso erfolgte ein Freispruch von der Anklage der mehrfachen vorsätzlichen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 MStG (Nichterhebung der Vitalparameter am 12. September 2021; Nichttragen der vorgeschriebenen Schutzbekleidung am 11. und 12. September 2021) sowie der Fälschung dienstlicher Aktenstücke im Sinne von Art. 78 MStG (Nichteintragung der Vitalparameter am 12. September 2021). Unter Wertung letzterer Taten als blosse Disziplinarfehler (Dispositiv-Ziffer 3) wurde der Angeklagte zu einer Disziplinarbusse von CHF 500.00 verurteilt, wobei bei schuldhafter Nichtbezahlung eine Ersatzarreststrafe von 5 Tagen ausgesprochen wurde (Dispositiv-Ziffer 4). Ferner wurden die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von CHF 1'492.40, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 850.00 sowie Zeugenentschädigungen von CHF 642.40, dem Angeklagten im Umfang von CHF 746.20 auferlegt, währenddem die Dolmetscherkosten zu Lasten des Bundes gingen (Dispositiv-Ziffer 5). Die Kosten des Appellationsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 1'000.00, wurden dem Bund auferlegt (Dispositiv-Ziffer 6).

C.

C.a. Gegen das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 26. November 2024 meldete der Oberauditor mit Eingabe vom 12. Mai 2025 die Kassationsbeschwerde an. Mit Eingabe vom 24. Juni 2025 reichte der Oberauditor die Begründung seiner Kassationsbeschwerde ein, in welcher er beantragte, es sei das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die erwähnte Instanz zurückzuweisen, unter Kostenfolge zu Lasten des Staates.

C.b. Mit Vernehmlassung vom 8. Juli 2025 nahm die amtliche Verteidigung des Angeklagten Stellung zur Kassationsbeschwerde des Oberauditors und begehrte, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Der Präsident des Militärappellationsgerichts 2 liess am 15. Juli 2025 fernmündlich mitteilen, er verzichte auf einen Bericht gemäss Art. 187 Abs. 2 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1).

Erwägungen:

1.

1.1 Das Militärkassationsgericht ist gemäss Art. 13 MStP unter anderem für die Behandlung von Kassationsbeschwerden nach Art. 184 MStP sachlich zuständig. Dieses Rechtsmittel kann laut Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP namentlich gegen Urteile der Militärappellationsgerichte erhoben werden, so dass ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt.

1.2 Die Kassation kann vom Angeklagten, seinem Verteidiger und vom Auditor verlangt werden. Hat der Auditor auf die Kassationsbeschwerde verzichtet, so steht dieses Recht dem Oberauditor zu (Art. 186 Abs. 1 MStP). Da der Auditor – ebenso wie die Verteidigung – innert der nach Art. 186 Abs. 2 MStP massgebenden fünftägigen Frist nach der mündlichen Eröffnung des Urteils auf die schriftliche Anmeldung der Kassationsbeschwerde verzichtet hat, ist der Oberauditor zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert.

1.3 Für den Oberauditor beginnt die Frist von fünf Tagen zur schriftlichen Anmeldung der Kassationsbeschwerde mit dem Eingang des betreffenden Urteils (Art. 186 Abs. 3 MStP). Das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 26. November 2024 wurde dem Oberauditor am 9. Mai 2025 zugestellt, so dass sich dessen Beschwerdeanmeldung vom 12. Mai 2025 als rechtzeitig erweist. Gemäss Art. 187 Abs. 1 MStP setzt der Präsident des Militärappellationsgerichts 2 nach Eingang der Anmeldung der Kassationsbeschwerde dem Beschwerdeführer eine Frist von 20 Tagen zur schriftlichen Beschwerdebegründung. Mit Schreiben vom 11. Juni 2025 wurde dem Oberauditor eine Frist von 20 Tagen für die schriftliche Begründung der Kassationsbeschwerde angesetzt, weshalb dessen begründete Kassationsbeschwerde vom 24. Juni 2025 ebenfalls innert Frist erfolgte.

1.4 Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist daher auf die Kassationsbeschwerde des Oberauditors einzutreten.

2.

2.1 Das Militärkassationsgericht prüft nur die gestellten Anträge (Art. 189 Abs. 2 MStP). Der Beschwerdeführer muss bei der Begründung seiner Begehren unter Hinweis auf den Kassationsgrund im Sinne des qualifizierten Rügeprinzips genau darlegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll (MKGE 14 Nr. 27 E. 2). Während das Militärkassationsgericht bei der Beurteilung der Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 lit. a–c MStP lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen berücksichtigt, ist es bei der Anrufung der Kassationsgründe gemäss Art. 185 Abs. 1 lit. d–f MStP nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 3 und Abs. 4 MStP).

2.2 Im vorliegenden Fall beruft sich die Beschwerdeführerin in ihrer Kassationsbeschwerde auf den Kassationsgrund gemäss Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP und rügt eine Verletzung des Strafgesetzes. Folgerichtig ist das Militärkassationsgericht nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden. Gerügt wird seitens der Beschwerdeführerin ausschliesslich,

die jeweilige Annahme eines leichten Falls verletze sowohl Art. 72 MStG betreffend Nichtbefolgung von Dienstvorschriften als auch Art. 78 MStG betreffend Fälschung dienstlicher Aktenstücke, weshalb das Erkenntnis der Vorderrichter zu kassieren sei.

2.3 Entsprechend den Anträgen und der Begründung der Kassationsbeschwerde gilt es nachfolgend einzig zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht von einem leichten Fall betreffend die mehrfache vorsätzliche Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 Abs. 1 und Abs. 3 MStG) sowie die Fälschung dienstlicher Aktenstücke (Art. 78 Ziff. 1 und Ziff. 2 MStG) ausgegangen ist, wobei die Sachverhalte des Nichttragens der vorgeschriebenen Schutzbekleidung am 11. und 12. September 2021 sowie der Nichterhebung und der Nichteintragung der Vitalparameter am 12. September 2021 zu beurteilen sind. Demgegenüber stehen der massgebliche Sachverhalt sowie das Vorliegen der objektiven und subjektiven Tatbestandselemente grundsätzlich nicht mehr zur Debatte.

3.

3.1 Der Tatbestand der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften gemäss Art. 72 MStG bildet eine sog. Blankettnorm, die lediglich einen ganz allgemein umschriebenen Tatbestand enthält, während der genaue Inhalt im Einzelfall aus Reglementen und anderen Erlassen zu erschliessen ist (KURT HAURI, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Bern 1983, N 4 zu Art. 72 MStG). Der Straftatbestand ist als abstraktes Gefährdungsdelikt und damit als Nichterfolgsdelikt (Tätigkeitsdelikt bzw. Unbotmässigkeitsdelikt) ausgestaltet, wobei das geschützte Rechtsgut durch die konkret betroffene Dienstvorschrift bestimmt wird (STEFAN FLACHSMANN/PATRICK FLURI/BERNHARD ISENRING/HANS MAURER/STEFAN WEHRENBURG, Tafeln zum Militärstrafrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, S. 136). Die objektive Seite des Tatbestands beurteilt sich nach der allgemeinen Bedeutung der Dienstvorschrift und den dienstlichen Nachteilen, die durch die Tat entstanden sind (PETER POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, St. Gallen 1992, N 41 zu Art. 72 MStG).

3.2 Der Tatbestand der Fälschung dienstlicher Aktenstücke nach Art. 78 MStG schützt die Glaubwürdigkeit und die Existenz der dienstlichen Aktenstücke (HAURI, a.a.O., N 4 zu Art. 78 MStG) und ist ebenfalls als abstraktes Gefährdungsdelikt konzipiert (FLACHSMANN/FLURI/ISENRING/MAURER/WEHRENBURG, a.a.O., S. 148).

4.

Art. 72 Abs. 3 MStG erlaubt in leichten Fällen die disziplinarische Bestrafung einer vorsätzlichen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 Abs. 1 MStG. Desgleichen erfolgt gemäss Art. 78 Ziff. 2 MStG eine disziplinarische Ahndung der Fälschung dienstlicher Aktenstücke nach Art. 78 Ziff. 1 MStG in leichten Fällen. Der leichte Fall ist dem Disziplinarfehler gleichgestellt (Art. 180 Abs. 2 lit. a MStG). Ein Fall gilt dann als leicht, wenn die Tat unter Berücksichtigung des Verschuldens, der Beweggründe, der persönlichen Verhältnisse und der dienstlichen Führung des Fehlbaren sowie unter Berücksichtigung eines geordneten Dienstes als geringfügig erscheint, wobei eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu erfolgen hat. Dabei muss der Fall sowohl in objektiver (Tatkomponente) als auch in subjektiver Hinsicht (Täterkomponente) geringfügig sein. Letztlich haben gewichtige Gründe vorzuliegen, welche das bewirkte Unrecht als gering erscheinen lassen (Strafminderungsgründe), sowie

Anhaltspunkte für besonderes Unrecht zu fehlen (Straferhöhungsgründe). Da immer eine Gesamtwürdigung aller Umstände erforderlich ist, kann ein leichter Fall ausnahmsweise auch gegeben sein, wenn mittelgradige Komponenten durch besonders leicht wiegende Elemente aufgewogen werden (STEFAN FLACHSMANN/PATRICK FLURI/BERNHARD ISENRING/EDGAR PHILIPPIN/JEAN-MARIE RÖTHLISBERGER, Disziplinarstrafordnung, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2022, N 41 ff.; MKGE 14 Nr. 29 E. 3d; MKGE 11 Nr. 69 E. 6). Das Militärkassationsgericht prüft die Rechtsfrage eines leichten Falls frei (MKGE 14 Nr. 29 E. 3d; MKGE 11 Nr. 69 E. 6).

5.

5.1 Im Gegensatz zu den Darlegungen des Militärappellationsgerichts 2 kann der vorstehende Fall nicht mehr als leicht qualifiziert werden. Zunächst ist diesbezüglich zu würdigen, dass dem Angeklagten gleich eine Mehrzahl fehlbarer Handlungen unterschiedlicher Art zu diversen Zeitpunkten vorgeworfen werden. So hat er gemäss den verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen an zwei Tagen, nämlich am 11. und 12. September 2021, die vorgeschriebene Schutzbekleidung nicht getragen sowie am 12. September 2021 die Vitalparameter nicht gemessen, sondern fiktive Werte in die Patientendokumentation eingetragen. Diese Kumulation verpönter Verhaltensweisen schlägt sich in rechtlicher Hinsicht in einer mehrfachen vorsätzlichen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 Abs. 1 MStG) sowie der Fälschung dienstlicher Aktenstücke (Art. 78 Ziff. 1 MStG) nieder. Von den falschen Vitalparametern waren sodann immerhin sechs Covid-Patienten betroffen, so dass sich das relevante Tun und Unterlassen des Angeklagten keinesfalls in einem einmaligen, möglicherweise auf einer vorübergehenden Ungenauigkeit oder Unpässlichkeit beruhenden Akt erschöpfte. Zunächst ist damit festzustellen, dass der Angeklagte in sachlicher und zeitlicher Hinsicht mehrfach gegen verschiedene strafbewehrte militärische Pflichten verstossen hat und mehrere Patienten von dessen Verhaltensweise betroffen waren.

5.2 Wesentlich zu Lasten des Angeklagten fällt zudem der Umstand, dass er sich nicht damit begnügte, die Messung der befohlenen Vitalparameter zu unterlassen und die betreffenden Rubriken der Patientendokumentation leer – sprich ohne Eintrag – zu belassen. Stattdessen hat der Angeklagte bewusst fiktive Werte eingetragen, womit er eine Dienstvorschrift mit Bedacht unter Anwendung von Täuschungs- und Fälschungsmitteln verletzte. Dies offenbart eine nicht mehr bloss geringfügige kriminelle Energie und steht der Annahme eines leichten Falls entgegen (so bereits ausdrücklich MKGE 3 Nr. 25 E. D). Dazu kommt, dass der Angeklagte nicht nur am Morgen des betreffenden Tages Fantasiewerte eintrug. Er entschied sich vielmehr auch am Abend nochmals für dieselbe verbotene Vorgehensweise (Protokoll Militärappellationsgericht 2, 63). Insofern hat der Angeklagte am besagten Tag gleich zweimal zu unterschiedlichen Zeitpunkten seine Entschlossenheit bekundet, aktiv elementare gesundheitliche Daten von sechs anvertrauten Patienten zu fälschen.

5.3 Des Weiteren gilt es zu beachten, dass sich die seitens des Angeklagten missachteten Schutzbestimmungen von vielen anderen Dienstvorschriften, welche etwa im Interesse eines geordneten Ablaufs des Dienstbetriebs oder der Befolgung militärischer Formen stehen, substantiell unterscheiden. Zu diesen eher untergeordneten Dienstvorschriften gehören beispielsweise die Bestimmung, wonach die Mannschaftsangehörigen (vgl. Art. 102 lit. a des

Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung [Militärgesetz, MG]; SR 510.10) die Unterkunft nach dem Abendverlesen ohne Bewilligung nicht mehr verlassen dürfen (Ziff. 54 des Dienstreglements der Armee vom 22. Juni 1994 [DRA]; SR 510.107.0) oder die Gruss- und Meldungsregeln (Ziff. 59 DRA; vgl. dazu HAURI, a.a.O., N 19 und N 22 zu Art. 72 MStG). Im Gegensatz zu solcherlei Normierungen geht es im vorstehenden Fall um objektiv grundlegende, im unmittelbaren Interesse der individuellen und öffentlichen Gesundheit stehende Verhaltensvorschriften, welche gerade im damaligen Zeitpunkt dazu dienen, die rasche Genesung der betroffenen Patienten zu gewährleisten, die Risiken gesundheitlicher Komplikationen zu senken, die weitere Verbreitung des Coronavirus zu verhindern und mögliche Übertragungsketten zu unterbrechen. Diese essentiellen Ziele lassen sich einzig mit einer regelmässigen und sorgfältig ausgeführten Betreuung und Überwachung sicherstellen, wozu eine genaue, verlässliche und selbstredend wahrheitsgemäss erstellte Patientendokumentation notwendigerweise gehört.

5.4 Überdies spricht gegen die Annahme eines leichten Falls, dass der Angeklagte die objektiv gewichtigen Dienstvorschriften nicht bloss im Rahmen einer simulierten Übung, sondern anlässlich eines Ernsteinsatzes missachtete, bei welchem ihm die persönliche Verantwortung für die Beobachtung, Kontrolle und Verpflegung von sechs Armeeangehörigen als Covid-Patienten übertragen wurde. Bei solch realen Einsätzen sind erhöhte Anforderungen an die Leistungserfüllung und Auftragstreue zu stellen. Für den Angeklagten galt dies als berufserfahrenen Fachmann Gesundheit mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis erst recht (vgl. die Angaben des Angeklagten anlässlich der Einvernahme zur Person vom 17. März 2022, 3.002, den von ihm eingereichten Lebenslauf, 3.007, sowie seine Aussagen vor der Vorinstanz, Protokoll Militärappellationsgericht 2, 54 f.). Erstellt ist sodann, dass der Angeklagte bezüglich Schutzmassnahmen und dem Umgang mit Covid-Patienten instruiert worden war und ihm die gebotenen Verhaltensweisen auch aus dem zivilen Beruf bekannt waren (Einvernahme vom 17. März 2022, 2.068). Selbst der Angeklagte gab im vorinstanzlichen Verfahren zu Protokoll, "dass das Verhalten schwer wiegt", nachdem er mittlerweile auch am Universitätsspital Zürich auf der Covid-Abteilung gearbeitet habe (Protokoll Militärappellationsgericht 2, 56).

5.5 Demgegenüber vermögen die vom Militärappellationsgericht 2 erwähnten Aspekte, welche für die Annahme eines leichten Falls sprechen, nicht zu überzeugen. Mit Blick auf die Beweggründe ergibt sich laut angefochtenem Urteil "ein ambivalentes Bild", wobei die Vorinstanz zwar berücksichtigte, dass der Angeklagte wiederholt von Übermüdung bzw. Überlastung gesprochen habe, diesen Erschöpfungszustand jedoch nicht vollständig zu objektivieren in der Lage gewesen sei. Trotzdem sind die Vorderrichter in Anbetracht der bei den Akten liegenden Tagesabläufe von einem "dicht gedrängten Programm von 06:15 Uhr bis 22:00 Uhr" ausgegangen (Urteil, S. 9 E. V 4). Im Gegensatz zu diesen vorinstanzlichen Festhaltungen kann der Angeklagte nach vorliegender Beurteilung aus den Tagesprogrammen nichts zu seinem Vorteil ableiten. So begründete der Angeklagte im Rahmen der militärpolizeilichen Befragung vom 14. September 2021 seine geltend gemachte Überarbeitung mit dem Umstand, er sei letzte Woche einmal von 07.00 Uhr bis 22.00 Uhr auf der Station eingeteilt gewesen, mit einer Stunde Pause mittags und einer halben Stunde Pause am Abend (Einvernahmeprotokoll vom 14. September 2021, 2; vgl. auch Einvernahmen vom 17. März 2022, 2.066 f. und Protokoll Militärappellationsgericht, 56 f.). Dienstleistungen in diesem zeitlichen

Ausmass hat ein Sdt jedoch nicht nur durchzuhalten (vgl. Art. 33 Abs 1 lit. c Dienstreglement der Armee, DRA, SR 510.107.0). Im vorliegenden Fall ist vielmehr festzustellen, dass die Belastung des Angeklagten eher gering war. So hatte der Angeklagte sein Tagesprogramm nicht ununterbrochen am Stück zu absolvieren. Er musste die Covid-Patienten bloss einmal stündlich aufsuchen und hat sich im Übrigen "auf Abruf im Zimmer" aufgehalten, wo er die Zeit an seinem Handy verbrachte (Protokoll Militärappellationsgericht 2, 57). Bezeichnenderweise räumte der Angeklagte anlässlich der Befragung der Militärpolizei vom 14. September 2021 ein, er habe aus der Sache gelernt und würde künftig wohl früher ins Bett gehen, damit er über genügend Schlaf verfüge und fit sei (Einvernahmeprotokoll vom 14. September 2021, 4). Offensichtlich ist daher zumindest ein wesentlicher Teil des behaupteten Übermüdnungszustands dem selbstverschuldeten Umstand zuzuschreiben, dass sich der Angeklagte damals regelmässig zu spät ins Bett gelegt hat. Ebenso erscheint bemerkenswert, dass der Angeklagte vor den Schranken des Militärappellationsgerichts 2 auf die Frage hin, weshalb er die Vitalparameter nicht später bei einem Rundgang nachträglich gemessen habe, antwortete, er sei dafür "zu bequem" gewesen (Protokoll Militärappellationsgericht 2, 64). Eine solche Bequemlichkeit ist nicht zu tolerieren, zumal einer Militärdienstleistung bereits aufgrund deren Natur eine ausgesprochene Strenge immanent ist. Von den Angehörigen der Armee wird eine hohe Belastbarkeit mit starker Resilienz gegenüber diversen Stressfaktoren erwartet. Dazu führt das DRA im 4. Kapitel "Militärische Ausbildung und Erziehung" einleitend aus, die militärische Ausbildung und Erziehung müssten Kader und Truppe in die Lage versetzen, auch unter schwerer Belastung Dienst zu leisten, weshalb die Anforderungen hoch seien und gelegentlich bis an die Grenze der Leistungsfähigkeit gesteigert werden müssten. Gemäss Ziff. 33 Abs. 1 lit. c DRA fördern und festigen die militärische Ausbildung und Erziehung bei den Armeeangehörigen unter anderem das Durchhaltevermögen. In gleicher Weise stipuliert Ziff. 33 Abs. 2 DRA, dass die militärische Ausbildung sicheres militärisches Können und Wissen sowie Gewandtheit vermittelt, auch unter erschwerten Bedingungen. Selbst wenn die Dienstleistung den Angeklagten deshalb gefordert haben, waren die konkreten Belastungen deshalb keinesfalls derart hoch, dass sich der Angeklagte mit einem angeblichen "Erschöpfungszustand" in irgendeiner Weise entlasten könnte.

5.6 Da die massgeblichen Tatbestände der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 MStG) und der Fälschung dienstlicher Aktenstücke (Art. 78 MStG) – wie oben dargelegt – als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet sind, kann es im Gegensatz zu den vorinstanzlichen Annahmen zum vornherein keine entscheidende Rolle spielen, ob die Verfehlungen einen tatsächlichen Einfluss auf den Dienstbetrieb ausgeübt haben (Urteil, S. 8 E. V 3). Selbst wenn sich daher das Verhalten des Angeklagten letztlich nicht zum spezifischen Nachteil der betroffenen Covid-Patienten ausgewirkt hat, so kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das strafrechtlich relevante Unrecht bestimmt sich mithin unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Gefährdung oder gar Verletzung eines Rechtsguts. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach nicht erwiesen sei, dass eine Person durch die Verletzung der Dienstvorschriften "beinahe das Leben verloren oder einer anderen erheblichen Gefahr ausgesetzt wurde" (Urteil, S. 8 E. V 3), ist daher irrelevant. Nicht zuletzt ist zu betonen, dass zum Zeitpunkt der Verletzung der Dienstvorschriften weder der Angeklagte noch irgendjemand anderes wissen konnte, ob und allenfalls in welchem Ausmass sich die Verfehlungen "pro futuro"

konkret auswirken konnten, da weder der individuelle Krankheitsverlauf der einzelnen Patienten noch die generelle Entwicklung der Pandemie als solche bekannt waren.

5.7 Schliesslich bildet auch der Hinweis der Vorinstanz auf den Umstand, wonach der Auditor ebenfalls von einem sehr leichten Verschulden auszugehen scheine, da er seinen ursprünglichen Strafantrag einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu je CHF 130.00 und einer Busse von CHF 1'600.00 im Appellationsverfahren auf 20 Tagessätze zu je CHF 130.00 und eine Verbindungsbusse von CHF 1'200.00 reduziert habe, womit gar die Strafmandatsgrenze nach Art. 119 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 (recte: Ziff. 2) MStP unterschritten sei, keine taugliche Argumentation für die Annahme eines leichten Falls. Denn die Zugrundelegung eines leichten oder allenfalls sehr leichten Verschuldens innerhalb des dafür vorgesehenen Grundtatbestandes im MStG zieht zwar eine Sanktion im unteren Bereich des ordentlichen Strafrahmens nach sich. Sie mutiert die Handlung oder Unterlassung dadurch jedoch keinesfalls zu einem blossen Disziplinarfehler. Die Annahme eines leichten Falls bewirkt, dass die betreffende Tat nicht mehr den Charakter eines Verbrechens, eines Vergehens oder einer Übertretung trägt und auch nicht als strafbare Handlung gilt (FLACHSMANN/FLURI/ISENRING/PHILIPPIN/RÖTHLISBERGER, a.a.O., N 38). Deshalb erfolgt im militärgerichtlichen Verfahren gestützt auf Art. 149 Abs. 1 MStP bei der Verhängung einer Disziplinarstrafe für einen leichten Fall gleichzeitig ein Freispruch wegen des Grundtatbestands des Delikts selbst.

6.

Gestützt auf all die dargelegten Erwägungen hat die Vorinstanz mit der Annahme eines leichten Falls betreffend die mehrfache vorsätzliche Nichtbefolgung von Dienstvorschriften sowie die Fälschung dienstlicher Aktenstücke daher Bundesrecht verletzt. Die Kassationsbeschwerde des Obergerichtes erweist sich somit als begründet. Das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 26. November 2024 ist folgerichtig aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird den Angeklagten der mehrfachen vorsätzlichen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften gemäss Art. 72 Abs. 1 MStG in Bezug auf das Nichttragen der vorgeschriebenen Schutzbekleidung am 11. und 12. September 2021 und die Nichterhebung der Vitalparameter am 12. September 2021 sowie der Fälschung dienstlicher Aktenstücke im Sinne von Art. 78 Ziff. 1 MStG bezüglich der Nichteintragung der Vitalparameter am 12. September 2021 schuldig zu erklären und ihn unter Ausschluss der Annahme eines leichten Falls zu einer tat- und täterangemessenen Strafe zu verurteilen haben. Ebenso werden die Vorderrichter über die Kostenverteilung des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens neu befinden müssen.

7.

7.1 Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde des Obergerichtes gutzuheissen, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Militärappellationsgericht 2 zurückzuweisen (Art. 190 und Art. 191 Abs. 1 MStP).

7.2 Gemäss Art. 193 MStP gilt für die Kosten des Militärkassationsgerichts sinngemäss Art. 183 MStP. Nach dieser Norm trägt der Bund die Kosten des Appellationsverfahrens, wenn die Appellation des Angeklagten in vollem Umfang gutgeheissen wird. In den anderen Fällen trifft das Gericht den Kostenentscheid nach seinem Ermessen (Art. 183 Abs. 1 MStP).

7.3 Angesichts des vorstehenden Verfahrensausgangs, wonach die Kassationsbeschwerde des Oberauditors vollumfänglich gutgeheissen wird, demgegenüber den gestellten Anträgen des Angeklagten nicht gefolgt werden kann, rechtfertigt es sich, die Kosten des Militärkassationsgerichts von insgesamt CHF 1'000.00 zu Lasten des Angeklagten zu verlegen.

7.4 Die Entschädigung an den Rechtsvertreter des Angeklagten in seiner Funktion als amtlicher Verteidiger bildet nicht Bestandteil des vorliegenden Urteils. Der Anwalt wird mittels separater Verfügung des Gerichtspräsidenten gesondert entschädigt (ANDRÉ W. MOSER, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich/Basel/Genf 2008, N 24 zu Art. 193 MStP).

(MKG 949, 19. September 2025, Oberauditor gegen Militärappellationsgericht 2)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

15

Art. 153, 154 et 157 aCPM; Art. 146 et 185 al. 1 let. d et f PPM; constatations manifestement inexactes des faits; principe in dubio pro reo; principe de libre appréciation des preuves; bien juridique et éléments constitutifs des infractions de contrainte sexuel et de viol; bien juridique et éléments constitutifs de l'infraction d'exploitation d'une situation militaire visée par cette disposition

Rappel des principes relatifs au pouvoir de cognition, limité à l'arbitraire, du TMC; prohibition de l'arbitraire dans l'établissement des faits, principe *in dubio pro reo* et principe de libre appréciation des preuves (rappel, consid. 3, spéc. 3.1.1 à 3.1.3). Appréciation d'une conviction basée sur un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (consid. 3.1.4) et cas de "déclarations contre déclarations" (consid. 3.1.5).

Droit applicable *ratione temporis* dans le cas d'espèce (consid. 3.2); bien juridique et éléments constitutifs des infractions en cause, en particulier la notion de violence en tant que moyen de contrainte (consid. 3.2.2 et 3.2.3), notion d'état de sidération (*Schockzustand; stato di choc*; consid. 3.2.4) et élément constitutif subjectif (consid. 3.2.5).

Analyse du cas d'espèce, dans lequel un acquittement au bénéfice du doute (application du principe *in dubio pro reo*) est jugé arbitraire, en particulier au regard d'une absence de prise en considération de la globalité des éléments figurant au dossier (consid. 3.4 et 3.5).

Analyse de l'élément constitutif objectif de l'infraction de l'art. 157 aCPM, notamment en lien avec l'art. 193 CP (consid. 4.2).

Art. 153, 154 und 157 aMStG; Art. 146 und 185 Abs. 1 lit. d und f MStP; offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung; Grundsatz des in dubio pro reo; Grundsatz der freien Beweiswürdigung; Rechtsgut und Tatbestandsmerkmale der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung; Rechtsgut und Tatbestandsmerkmale der Ausnützung der militärischen Stellung

Grundsätze zur Willkürkognition des Militärkassationsgerichts; Verbot der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung, Grundsätze des *in dubio pro reo* und der freien Beweiswürdigung (Zusammenfassung, E. 3, insbesondere 3.1.1-3.1.3); Würdigung einer aus einer Mehrzahl konvergenter Elemente oder Indizien gebildeten Überzeugung (E. 3.1.4) sowie "Aussage gegen Aussage"-Konstellationen (E. 3.1.5).

Anwendbares Recht im vorliegenden Fall (E. 3.2); Rechtsgut und Tatbestandsmerkmale der in Betracht kommenden Delikte, insbesondere Begriff der Gewalt als Nötigungsmittel (E. 3.2.2 und 3.2.3), Begriff des Schockzustandes (*état de sidération; stato di choc*; E. 3.2.4) und subjektiver Tatbestand (E. 3.2.5).

In casu willkürlicher Freispruch, da die Gesamtheit der sich aus den Straftaten ergebenden Elemente eine Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro reo* ausschliesst (E. 3.4 und 3.5).

Analyse des objektiven Tatbestands von Art. 157 aMStG, namentlich mit Blick auf Art. 193 StGB (E. 4.2).

Art. 153, 154 e 157 vCPM; art. 146 e 185 cpv. 1 lett. d e f PPM; accertamento dei fatti manifestamente inesatto; principio in dubio pro reo; principio del libero apprezzamento delle prove; bene giuridico e elementi costitutivi dei reati di coazione sessuale e di violenza carnale; bene giuridico e elementi costitutivi del reato di abuso della posizione militare

Riepilogo dei principi relativi al potere cognitivo, limitato all'arbitrio, del TMC; divieto dell'arbitrio nell'accertamento dei fatti, principio *in dubio pro reo*, principio del libero apprezzamento delle prove (riepilogo, consid. 3, in particolare consid. 3.1.1-3.1.3). Apprezzamento di una convinzione basata su un insieme di elementi o indizi convergenti (consid. 3.1.4) e casi di "dichiarazioni contro dichiarazioni" (consid. 3.1.5).

Diritto applicabile *ratione temporis* alla fattispecie (consid. 3.2); bene giuridico e elementi costitutivi dei reati in questione, in particolare nozione di violenza quale mezzo di coazione (consid. 3.2.2 e 3.2.3), nozione dello stato di choc (*Schockzustand; état de sidération*; consid. 3.2.4) e elemento costitutivo soggettivo (consid. 3.2.5).

Analisi del caso di specie, nel quale un proscioglimento a seguito dell'ammissione di un caso dubbio (applicazione del principio *in dubio pro reo*) è giudicato arbitrario, in particolare ritenuta l'assenza di una presa in considerazione della globalità degli elementi figuranti nel dossier (consid. 3.4 e 3.5).

Analisi dell'elemento costitutivo oggettivo dell'art. 157 aCPM, segnatamente in relazione con l'art. 193 CPM (consid. 4.2).

Faits :

A.

Par jugement du 24 novembre 2023, le Tribunal militaire 1 a acquitté le Lt X.____ des chefs de prévention de viol, atteinte et contrainte sexuelles et d'exploitation d'une situation militaire, subsidiairement d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, à l'encontre de la sdtte A.____. Ces chefs de prévention avaient trait aux faits survenus dans la nuit du 25 au 26 avril 2022 à la caserne d'U.____. Le Tribunal militaire 1 a en outre renvoyé la prénommée, partie plaignante, à faire valoir ses prétentions civiles au for civil.

B.

Par jugement du 19 avril 2024, le Tribunal militaire d'appel 1, statuant sur les appels interjetés par l'auditeur et par la partie plaignante, les a rejetés et a intégralement confirmé le jugement précité.

Les faits sont les suivants.

B.a Le Lt X.____ et la sdte A.____ ont pris part à l'école de recrues sanitaires (ER san) 42 à U.____, qui a débuté le 10 janvier 2022. Le premier y a pris part en qualité de chef de section, tandis que la seconde était recrue au sein d'une autre section que celle du Lt X.____.

B.b En date du 25 avril 2022, les recrues de l'ER san 42 ont bénéficié d'une sortie en caserne après le repas du soir. Au cours de cette sortie, la sdte A.____ s'est rendue avec des camarades à la maison du soldat et a consommé, selon ses dires, environ 2 litres de boisson alcoolisée "Smirnoff alcopop".

Aux alentours de 21h30-22h00, la sdte A.____ a quitté la maison du soldat pour se rendre à l'appel en chambre, qui a été effectué le soir en question par le Lt X.____. A cette occasion, ce dernier a donné les informations pour le lendemain aux responsables de chambre présents. Au nombre de ceux-ci figurait la sdte A.____.

Il ressort du jugement attaqué que, compte tenu de sa corpulence (1 m 64 pour 52 à 53 kg; cf. jugement attaqué consid. 2.2, p. 6) et de sa consommation d'alcool ce soir-là (environ 2 litres d'une boisson avec un taux d'alcool de 4%; ibid.), la sdte A.____ présentait une alcoolémie de l'ordre de 2,36 pour mille lors de son retour en caserne (cf. jugement attaqué, consid. IVd, p. 18).

Après l'appel, la sdte A.____ s'est rendue dans sa chambre, qu'elle occupait alors seule, les autres membres de sa section étant en engagement pour la Patrouille des glaciers. Elle a préparé ses affaires pour le lendemain et a échangé des messages vocaux ou audio avec un ami, dénommé B.____, par le biais de la plateforme "Instagram".

B.c Vers 23h00, le Lt X.____ est entré dans la chambre de la sdte A.____. Les deux ont discuté pendant au moins 30 minutes. Puis, une relation sexuelle a eu lieu.

Les versions des parties quant aux circonstances relatives à cette relation, ainsi qu'au caractère consenti ou non, respectivement contraint, de cette même relation, sont demeurées, sous réserve des éléments chronologiques précités, irrémédiablement opposées.

B.d Les versions divergent tout d'abord au sujet des circonstances immédiatement antérieures aux faits proprement dits.

B.d.a Ainsi, le Lt X.____ a-t-il exposé qu'au moment de l'appel en chambre, la sdte A.____ a demandé à avoir une discussion avec lui, raison pour laquelle il s'est ensuite rendu dans la

chambre de celle-ci après être passé dans sa propre chambre pour se changer et revêtir son pyjama. Selon les dires du Lt X.____, il a toqué à la porte de la chambre de la prénommée avant d'y entrer (jugement attaqué, consid. 2.1, p. 5).

Ayant déjà été confronté par le passé à des demandes de soldats souhaitant s'entretenir avec lui, il n'avait rien trouvé d'anormal à y donner suite (ibid.).

Le Lt X.____ s'est montré constant dans ses déclarations, notamment à ce sujet (cf. jugement attaqué, consid. IVb, p. 14).

B.d.b Pour sa part, la sdte A.____ a, lors de son audition du 28 avril 2022, affirmé n'avoir jamais demandé à parler au Lt X.____ au moment de l'appel en chambre. Elle a déclaré que le soir en question, elle ne s'attendait aucunement à le voir entrer dans sa chambre vers 23h00, alors qu'elle se trouvait sur son lit et était en train d'échanger des messages via "Instagram" avec un ami. Elle n'avait pas entendu frapper et n'avait pris conscience de la présence de l'intéressé dans sa chambre qu'après avoir entendu que la porte s'ouvrait (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 5 s.).

Lors de son audition du 20 octobre 2022, elle a, à nouveau, démenti avoir demandé au Lt X.____, avant l'appel en chambre, de venir la voir pour discuter, précisant avoir cru qu'il était entré dans sa chambre en raison du bruit qu'elle pouvait avoir fait en échangeant avec un ami au moyen de son téléphone. Elle se souvenait avoir entendu la porte s'ouvrir, sans que le prénommé ait préalablement frappé (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 7).

Au cours de son audition devant le Tribunal militaire 1, la sdte A.____ a réfuté une fois encore avoir demandé au Lt X.____ de discuter avec lui en marge de l'appel en chambre (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 8), confirmant également ses précédentes déclarations lors de son audition devant le Tribunal militaire d'appel 1 (ibid.).

B.d.c S'agissant des messages audio échangés avec son ami B.____ immédiatement avant les faits (jugement attaqué, consid. 3.1, p. 9), le jugement attaqué en retranscrit la teneur comme suit.

A 22h49, la sdte A.____ a déclaré: "*Je sais que je vais devenir saoule; il faut que je me pépare, parce qu'après, il y a extinction des feux; du coup, je vais encore me faire engueuler. Du coup, il faut vite que j'enlève mes lentilles, me démaquille ... et c'est tout bon [dit plus fort, sur un ton joyeux].*"

A 22h55, la sdte A.____ a ajouté: "[en réponse à un message de B.____ de 22h50 lui disant: T'es déjà bourrée, je te le confirme] *Je suis bourrée. Je suis pas consciente, mais je sais ce que je fais, tout simplement. Du coup, je te souhaite une bonne nuit. Fais de beaux rêves.*"

A 23h01, elle a encore précisé: "*Il faut pas avoir honte, il faut profiter de la vie. Il se passe tellement de choses*", suivi d'un moment de silence puis une ouverture de porte, puis "*Oui, bonjour? ... ahahah [à B.____] Attends, je...*"

B.e Au sujet des faits proprement dits, tels qu'ils se sont déroulés dans la foulée, les versions suivantes s'opposent.

B.e.a Selon ses propres déclarations (cf. jugement attaqué, consid. 2.1, p. 5), le Lt X. _____ s'est approché du lit sur lequel se trouvait la sdte A. _____ et une discussion a alors débuté. Les sujets abordés allaient d'un voyage effectué au Japon par celle-ci à leur intérêt commun pour les bandes dessinées "mangas". La sdte A. _____ lui a, toujours selon ses dires, également fait part de certains aspects plus intimes de sa vie, tels que la relation qu'elle avait entretenue précédemment avec le médecin de troupe de l'ER, à savoir le Lt C. _____. Elle avait également exposé qu'elle était attristée de leur rupture. Elle avait encore indiqué, selon lui toujours, ne pas être satisfaite de son activité militaire, dans la mesure où elle passait beaucoup de temps au bureau, alors que son affectation était celle de sdte sanitaire. Elle lui avait également raconté avoir subi du mobbing durant son apprentissage de boulangère. Le Lt X. _____ a encore rapporté avoir ressenti tant de la joie que de la tristesse de la part de la sdte A. _____ à l'évocation des divers sujets abordés au cours de leur discussion (ibid.).

Au fil de celle-ci, le Lt X. _____ a, selon lui, ressenti un "rapprochement", tant de sa part que de celle de la partie plaignante à son égard. Toujours selon ses propos, ce rapprochement les a conduits à se prendre dans les bras l'un de l'autre. Ce même rapprochement s'était ensuite mué en préliminaires, puis en relation sexuelle. Il avait, pendant la relation, demandé à la sdte A. _____ si "ça allait bien", ce à quoi celle-ci avait d'après lui répondu: "oui, viens". Ayant reçu une réponse positive, il avait poursuivi jusqu'à jouir sur le ventre de la sdte A. _____, aucun préservatif n'ayant été utilisé (ibid.).

B.e.b De son côté, la sdte A. _____, qui, comme relevé, affichait alors un taux d'alcoolémie supérieur à deux pour mille et qui a fait état de sa surprise de voir le Lt X. _____ entrer dans sa chambre, a indiqué, lors de son audition du 28 avril 2022, se souvenir que l'accusé lui avait demandé comment ça allait et qu'une discussion de trente minutes s'en était suivie. Elle ne se souvenait pas des sujets abordés. Il était toutefois possible qu'ils aient évoqué le Japon, vu sa passion pour ce pays (cf. jugement attaqué, consid. 2.2, p. 6).

La sdte A. _____ a déclaré qu'au début de la discussion, le Lt X. _____ se tenait debout devant le lit, avant de s'y asseoir, puis de s'installer "dans la zone où il y a[vait] le coussin". Après qu'il se fut installé à cet endroit, la discussion avait encore duré un moment. Il l'avait ensuite embrassé, puis, tout en la serrant dans ses bras, l'avait allongée sur le dos, sur le lit, en se positionnant en même temps à quatre pattes au-dessus d'elle. Il lui avait également léché les seins, retiré son pantalon de pyjama et léché le vagin (ibid.).

Selon la sdte A. _____, le Lt X. _____ ne lui avait rien demandé quant au fait de ne pas porter de préservatif. Il avait introduit son pénis dans son vagin, ensuite de quoi il avait voulu qu'elle le suce, ce qu'elle avait fait. Le Lt X. _____ était rentré trop en profondeur avec son pénis dans sa gorge, ce qui l'avait conduite à se retirer, en raison du fait qu'elle n'arrivait plus à respirer. Par la suite, le Lt X. _____ avait réintroduit son pénis dans son vagin et avait continué pendant un certain temps, qu'elle ne parvenait toutefois pas à estimer (ibid.).

Après que le Lt X.____ lui a demandé où il devait éjaculer, la sdte A.____ lui a répondu qu'elle ne voulait pas qu'il jouît en elle et lui a dit de le faire sur son ventre. Ce dernier avait ensuite demandé si elle avait des mouchoirs. Elle lui avait répondu: "oui, dans mon sac". Il était alors allé regarder dans le sac en question, y avait pris un mouchoir et avait nettoyé le sperme qui se trouvait sur le ventre de la sdte A.____ (ibid.).

A la question de savoir si elle avait, à un moment donné, rejeté physiquement ou verbalement les actes sexuels du Lt X.____, la sdte A.____ a répondu par la négative, précisant qu'elle "étai[t] figée la plupart du temps". Elle a expliqué s'être immédiatement demandé si ce qui s'était passé était "réel" et avoir ressenti du "dégoût" à cet égard (ibid.).

B.e.c La sdte A.____ a en outre exposé, lors de son audition du 20 octobre 2022, en revenant sur la corpulence et sa consommation d'alcool le soir des faits, qu'elle consommait les mêmes quantités dans la vie civile et la vie militaire, mais "jamais plus car [elle] n'arriv[ait] pas plus". Elle avait encore relevé qu'"on a[vait] trois règles à l'armée: rentrer seule à la maison, ne pas vomir, et ne pas créer de scandale", en précisant en outre qu'elle "respect[ait] toujours ces trois règles". Le soir des faits, elle était "pompette", avait la tête qui tournait, mais était capable de "très bien marcher", sans l'assistance de tiers (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 6 s.).

Elle avait ensuite précisé se souvenir qu'une fois le Lt X.____ entré dans sa chambre, ils avaient "beaucoup discuté". Ils avaient échangé verbalement "un moment lorsqu'il était encore debout", puis il s'était assis sur le lit. Il était possible qu'elle ait parlé du Japon, pays qu'elle avait indiqué adorer. Elle ne se souvenait en revanche pas s'être entretenue avec lui de l'aventure qu'elle avait eue avec le Lt C.____, ancien médecin d'école, relevant que tout le monde connaissait cette histoire à la caserne (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 7).

Confrontée aux dires du Lt X.____, selon qui après une heure de discussion, elle lui avait "fait des papouilles avec [ses] ongles dans le dos", elle avait rétorqué qu'elle "ne ferai[t] pas ça" (ibid.).

Revenant sur la relation sexuelle en tant que telle avec le Lt X.____, elle a décrit l'enchaînement des événements de manière largement similaire à la description qu'elle en avait faite lors de sa première audition. Elle a toutefois précisé qu'elle était "couchée comme une momie sur le dos", qu'il "était sur [elle]", qu'à titre de pyjama, elle portait un petit t-shirt et un short, que lui-même était sauf erreur également en pyjama, que lorsqu'il avait commencé à lui "lécher la chatte", elle était tétanisée et ne bougeait pas. Lorsqu'il lui avait demandé une fellation, elle n'avait "pas dit quoi que ce soit", mais elle l'avait juste sucé, étant donné qu'"[elle] était en panique" (ibid.).

Alors qu'on lui posait la question de savoir si, au moment où le Lt X.____ avait commencé à l'embrasser, elle avait formulé une objection, elle a rétorqué qu'elle n'avait "rien exprimé", et qu'à partir du moment où il avait commencé à l'embrasser et à la mettre sur le lit, elle ne "comprenai[t] déjà pas ce qu'il se passait". Quant au point de savoir si le prénommé aurait pu remarquer qu'elle était tétanisée, elle a supposé que oui, car "ça se vo[yait] quand quelqu'un

est tétanisé". Invitée à expliquer pourquoi elle aurait été capable de répondre, mais pas de mettre fin aux agissements du lt X.____, elle a relevé avoir eu peur de ce qu'il aurait pu arriver si elle ne s'était pas exécutée, rappelant qu'elle était alcoolisée et que, "de plus, les hommes sont plus forts physiquement que les femmes". Dans la mesure où elle était tétanisée et ne comprenait pas ce qui se passait, elle n'était pas en mesure d'exprimer sa désapprobation (ibid.).

En réponse à la question de savoir si le lt X.____ avait fait usage de force et de contrainte, elle a répondu en ces termes: "Pendant l'acte oui. Pour vous répondre, à partir du moment où il m'a pénétrée [...], il tenait mes mains et durant l'acte, il n'allait pas gentiment" (ibid.).

B.e.d Entendue par les premiers juges lors de l'audience du 24 novembre 2023, la scte A.____ a relevé ne pas se souvenir du tout du contenu de la discussion avec le lt X.____, qui était en pyjama lorsqu'il est venu dans sa chambre (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 8).

Questionnée sur sa réaction lorsque ce dernier s'était montré plus entreprenant, elle a répondu qu'il l'avait prise et embrassée, qu'elle ne comprenait pas ce qu'il se passait et qu'elle commençait à être tétanisée. Elle avait suivi ce qu'il lui disait de faire, de peur qu'il lui fasse du mal. Concernant la "tension sexuelle" évoquée par le prénommé, ainsi que l'expression "coup d'un soir", la scte A.____ a souligné que si la relation avait été consentie, elle ne se serait pas retrouvée devant le Tribunal militaire. Elle n'avait pas conservé de traces, sur ses poignets ou d'autres parties du corps, en lien avec le fait que le lt X.____ lui aurait tenu les mains durant l'acte, précisant n'y avoir pas fait attention à ce moment-là (ibid.).

B.e.e Devant le Tribunal militaire d'appel 1, la scte A.____, parfois en larmes, a confirmé ses précédentes déclarations, en indiquant qu'au moment d'entamer l'acte sexuel, le lt X.____ l'avait "prise par devant, bloquée par ses bras, [...] embrassée avec la langue, renversée sur le lit", elle-même étant tétanisée, figée et n'ayant plus le contrôle de son corps. Il l'avait ensuite déshabillée, lui avait léché ses parties génitales et "mis son engin directement à l'intérieur [d'elle]". Il était ensuite venu lui "bloquer les épaules avec ses cuisses", elle-même étant "couchée et tétanisée". Elle avait obéi à sa demande de lui prodiguer une fellation, le lt X.____ ayant "fait l'acte en tenant [s]es poignets" (ibid.).

B.f S'agissant des faits immédiatement consécutifs à ce qui précède, le jugement attaqué relate les éléments suivants.

B.f.a Selon les déclarations du lt X.____, après 5 à 10 minutes durant lesquelles les protagonistes avaient encore discuté "de la vie, des relations", la plaignante lui avait dit qu'elle devait se rendre aux toilettes, ce à quoi il avait répondu en disant qu'il allait regagner sa propre chambre (jugement attaqué, consid. 2.1, p. 5).

B.f.b Aux dires de la scte A.____ lors de son audition du 28 avril 2024, après que le lt X.____ eut éjaculé sur son ventre et essuyé le sperme qui s'y trouvait, elle s'était rendue aux toilettes et il avait regagné sa chambre. Elle a indiqué être retournée dans sa propre chambre aux environs de 00h30 (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 6).

Lors de son audition du 20 octobre 2022, elle a déclaré qu'après le départ de X.____, elle s'était rendue aux toilettes. De retour dans sa chambre, essayant de comprendre et ayant besoin d'aide, elle avait adressé un nouveau message audio à son ami français à 00h13 (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 7).

En appel, elle avait à nouveau indiqué qu'après avoir essuyé le sperme avec un mouchoir, le Lt X.____ était parti et elle s'était rendue aux toilettes. Elle ne réalisait pas ce qui s'était passé. Elle s'était ensuite couchée et avait envoyé des messages audio à son ami B.____ (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 8). Ceux envoyés par elle immédiatement après les faits, soit à 00h11 et 00h13, ont la teneur suivante (jugement attaqué, consid. 3.1, p. 9).

A 00h11, la sdte A.____ a déclaré: *"J'aurais une question. Je sais que les gens disent que j'ai un beau corps, etc. et ainsi de suite. Je suis maquillée, je suis jolie. Pourquoi les gens profitent de mon corps? [bref silence] Surtout quand je suis bourrée, oui pourquoi, tu peux me dire, s'il te plaît?"*

A 00h13, elle a ajouté ce qui suit: *"Je crois que j'ai besoin d'aide. Le truc c'est que, bon, je sais que tu ne vas pas me croire, En tous les cas, je sais que je vais tout me souvenir et que ça va être horrible. Des fois, j'ai envie d'être ces gens qui oublient ce qu'ils ont fait, comme ça ils se sentent pas culpabilisés... ou sans regrets, ou sans qu'il y ait un sentiment d'injustice. J'en ai marre d'être faible."*

B.g En lien avec les faits survenus le lendemain, soit le 26 avril 2022, et par la suite, je jugement attaqué relate les éléments suivants.

Lors de son audition du 28 avril 2022, la sdte A.____ a déclaré s'être sentie mal le lendemain matin, ajoutant que lorsqu'elle avait croisé le Lt X.____ vers 10h00, elle avait eu peur qu'il recommence. Un peu plus tôt, lors du petit-déjeuner, elle avait parlé avec une camarade, la sdte D.____, lui expliquant que les choses des choses s'étaient passées la nuit précédente et qu'elle n'était pas consentante (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 6).

La sdte A.____ a en outre échangé de nouveaux messages, cette fois sous forme écrite, avec B.____. Leur contenu se présente comme suit (jugement attaqué, consid. 3.1, p. 9 s.).

Le 26 avril 2022 à 06h39, la sdte A.____ a écrit: *"Dal ce qui s'est passé hier et dit, sa reste entre nous d'accord"* (ibid.).

Le même jour, à 06h39, B.____ a répondu: *"Oui tkt comment tu de sens ce matin"* (ibid.).

La sdte A.____ a répondu, toujours le même jour à 07h57: *"ça va j'aurai aimé oubli ce qui c'est passer hier soir"* (ibid.).

Le surlendemain, soit le 28 avril 2022 à 23h26, la sdte A.____ a écrit au prénommé: *"Celui qui m'a fais ça c'est un lieutenant mais la police militaire la arrêté avec des menottes la il n'a plus le droite de revenir dans notre compagnie et la caserne et c'est en procédure pour le*

tribunal militaire" (ibid.).

Le 29 avril 2022 à 00h13, la sdtte A.____ a encore écrit: "*Par contre... J'ai des images en boucle de ce qu'il c'est passé à force de me demander ce qu'il s'est passé*" (ibid.).

Le même jour, à 00h28, elle déclarait: "*J'espère qu'il fera de la taule ou qu'on le castre*", puis à 00h29: "*J'espère juste que j'arriverai à passe devant et à être forte*", B.____ répondant quant à lui à 00h30: "*C'est surtout que les problèmes tu les a enchainés set année*" (ibid.).

B.h Il ressort encore du jugement attaqué que le lt X.____ et la sdtte A.____ ont fait l'objet de prélèvements d'urine et de sang en date du 27 avril 2022.

Les analyses des fluides de cette dernière ont uniquement laissé apparaître la présence de caféine, mais pas d'autres substances, telles que l'éthanol ou le GHB.

Celles du lt X.____ ont révélé la présence en sus de nicotine. Il présentait en outre une MST (chlamydia) qui, contrairement aux dires du prénommé, ne provenait pas de la sdtte A.____, mais d'une de ses relations antérieures (jugement attaqué, consid. 3.2, p. 10).

B.i Enfin, en lien avec les conséquences à plus long termes des faits survenu le 25 avril 2022, le jugement querellé relate ce qui suit.

Lors de son audition du 20 octobre 2022, la sdtte A.____ a indiqué que les faits en question avait laissé des traces, dès lors qu'elle avait toujours du mal à dormir. Elle avait par ailleurs des "flash-backs" lorsqu'elle avait des rapports consentis. Elle n'avait jamais, par le passé, été confrontée à de tels agissements. Interrogée sur ce point, elle avait indiqué ne pas avoir fait appel à un professionnel de la santé mais qu'elle allait "sûrement l'envisager", car "là, ça devenait pire" et elle "[allait avoir] besoin d'aide (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 7 s.).

Devant les premiers juges, s'exprimant à nouveau au sujet des conséquences de cet événement, la sdtte A.____ a expliqué continuer à éprouver des "flash-backs". Hormis une personne du centre d'aide pour les victimes, elle n'avait pas consulté de spécialiste (jugement attaqué, consid. 2.2, p. 8).

En appel, elle a précisé ne pas avoir suivi jusqu'alors de thérapie en lien avec les évènements objets de la procédure, mais que son psychiatre lui avait "enfin répondu" et qu'elle avait un rendez vous quelque jour plus tard chez le Dr E.____ (ibid.).

B.j A teneur de l'acte d'accusation du 22 mai 2023, le lt X.____ a été renvoyé en jugement en tant qu'accusé de viol, contrainte sexuelle et d'exploitation de la situation militaire, subsidiairement d'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, pour avoir, à la caserne "V.____" d'U.____ (TI), dans la nuit du 25 au 26 avril 2022, entre 23h00 (le 25.04) et 00h15 (le 26.04), au cours de l'accomplissement de son service auprès de l'ER san 42-1, après être entré dans la chambre où la sdtte A.____ se trouvait seule, alors qu'il était le seul cadre supérieur présent dans la caserne et était en

charge de l'appel du soir, après avoir discuté avec la prénommée pendant une durée indéterminée, en profitant de l'état de sidération et de tétanisation de cette dernière au moment des faits, respectivement de la crainte qu'elle ressentait à son égard si elle résistait, alors qu'elle se trouvait sous l'emprise reconnaissable de l'alcool qu'elle avait consommé en quantité importante durant la sortie du soir même, intentionnellement:

- l'avoir poussée et/ou retournée sur le dos, de manière à ce qu'elle se trouve allongée sur le lit;
- l'avoir embrassée sur la bouche;
- l'avoir déshabillée et s'être déshabillé;
- lui avoir léché les seins puis le vagin;
- avoir entrepris et poursuivi une pénétration vaginale sur elle, sans préservatif, durant une durée indéterminée, lui tenant les mains;
- s'être levé et avoir exigé d'elle une fellation, puis lui avoir fait subir une fellation, ne lui permettant à un moment plus de respirer;
- avoir à nouveau entrepris et poursuivi une pénétration vaginale sur elle, sans préservatif durant une durée indéterminée, en lui tenant les mains;
- avoir finalement éjaculé sur son ventre, ce alors que la scte A. _____ ne consentait pas à un rapport sexuel, respectivement à une fellation.

B.k En substance, le jugement querellé retient la version du lt X. _____ et écarte celle de la scte A. _____, respectivement celle suivie par l'accusation.

Les éléments d'appréciation retenus par les juges précédents seront repris ci-après en lien avec les griefs soulevés à cet égard.

C.

Par acte daté du 13 juin 2025, l'Auditeur de la Région des auditeurs 1 a formé un pourvoi en cassation contre le jugement rendu le 19 avril 2024 par le Tribunal militaire d'appel 1, motivé le 3 juin 2025. Il conclut à l'admission du pourvoi, à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause au Tribunal militaire d'appel 1 pour nouveau jugement.

D.

Par acte daté du 20 juin 2025, la scte A. _____ a fait savoir qu'elle renonçait à se pourvoir personnellement en cassation, précisant que sa volonté était d'obtenir justice et la condamnation du lt X. _____ et que, dans la mesure où l'auditeur avait déposé un pourvoi en cassation, elle n'entendait pas agir personnellement.

E.

Par acte daté du 10 juillet 2025, le Lt X._____ a formulé ses observations sur le pourvoi, concluant, avec suite de frais et dépens, à son rejet, dans la mesure de sa recevabilité.

F.

Par acte daté du 17 juillet 2025, le Président du Tribunal militaire d'appel 1 a fait savoir que dite autorité se référait aux considérants de son jugement.

G.

Par courrier daté du 29 octobre 2025, l'auditeur a déposé un bref complément à son pourvoi, dont il a adressé copie aux parties, écriture à laquelle l'intimé, par son conseil, a spontanément répliqué par acte daté du 6 novembre.

Considérant en droit :

1.

Formé en temps utile (art. 186 al. 2 et 187 al. 1 PPM) contre un jugement rendu par un tribunal militaire d'appel (art. 184 al. 1 let. a PPM) par un auditeur ayant qualité pour recourir (cf. art. 186 al. 1 PPM), le présent pourvoi est recevable.

Les écritures des 29 octobre et 6 novembre 2025 de l'auditeur et de l'intimé, largement postérieures aux délais applicables, sont en revanche irrecevables.

Cela étant, il y a lieu de préciser qu'au vu du sort de la cause, la question de la portée de l'art. 84d PPM sur la composition du tribunal de céans dans le présent contexte souffre de rester indéçise.

2.

Dans un premier grief, l'auditeur invoque les art. 185 al. 1 let. e PPM, respectivement let. c PPM et reproche au Tribunal militaire d'appel 1 une violation de l'obligation de motiver sa décision ainsi qu'une violation des dispositions essentielles de procédures, aussi bien en lien avec la motivation orale du jugement qu'en rapport avec sa motivation écrite.

2.1 A teneur de l'art. 185 al. 1 PPM, la cassation sera prononcée lorsqu'au cours des débats, des dispositions essentielles de la procédure ont été violées, autant que le demandeur en cassation en a subi un préjudice (let. c) ou encore, notamment, lorsque le jugement n'est pas motivé suffisamment (let. e).

Conformément à l'art. 152 al. 1 PPM, applicable en appel par renvoi de l'art. 181 al. 3 PPM, le président du Tribunal militaire communique le jugement aux parties en séance publique en donnant lecture du dispositif et en exposant les considérants essentiels. D'après l'art. 153 al. 1 CPM, le jugement doit être rédigé et doit indiquer le lieu et la date des débats, les noms des juges, du greffier, de l'auditeur, de l'accusé et de son défenseur, les infractions retenues par l'accusation et les conclusions des parties ainsi que, en cas d'acquiescement (let. b), l'état de fait (ch. 1), la constatation que le fait imputé à l'accusé n'est pas prouvé ou pas punissable

(ch. 2), les circonstances qui justifient d'éventuelles mesures (ch. 3) et le dispositif (ch. 4).

Le moyen tiré de l'art. 185 al. 1 let. e PPM vise le respect de l'obligation de motivation déduite du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. aussi art. 6 par. 1 CEDH), qui implique notamment, pour l'autorité, l'obligation de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre et l'attaquer utilement s'il y a lieu, et pour que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. notamment ATMC 14 n° 9 consid. 2b et les arrêts cités; cf. aussi, parmi d'autres, ATF 147 IV 249 consid. 2.4; 143 IV 40 consid. 3.4.3). Savoir si la motivation présentée est convaincante est une question distincte de celle du droit à une décision motivée. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision des juges, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; arrêts 6B_1008/2024 du 8 mai 2025 consid. 2.1; 6B_431/2015 du 24 mars 2016 consid. 1.1).

2.2 En l'espèce, c'est tout d'abord en vain, s'agissant de la motivation orale du jugement, que l'auditeur se prévaut de l'ATMC 14 n° 9 consid. 2b. Celui-ci concerne en effet la motivation écrite du jugement, comme cela ressort sans ambiguïté des lignes suivant immédiatement l'extrait cité par l'auditeur. Au surplus, on peut en soi admettre, s'agissant d'un jugement d'appel qui confirme un jugement de première instance, que la motivation orale soit brève lorsque, comme en l'occurrence, le Tribunal militaire d'appel 1 confirme en substance l'appréciation des juges précédents. Au surplus, la crainte affichée par l'auditeur que la brièveté de la motivation orale ne signifie en réalité une motivation élaborée après la clôture des débats revêt un caractère purement spéculatif, l'auditeur employant du reste lui-même le conditionnel. En tout état, ce pan du grief s'avère manifestement mal fondé.

En ce qui concerne ensuite la motivation écrite du jugement d'appel, l'auditeur se plaint, en lien avec la motivation relative aux art. 157 CPM et 155 CPM, de ce qu'elle consiste essentiellement en un copier-coller de la motivation du jugement de première instance et y voit, à différents égards, un motif de cassation au sens de l'art. 185 al. 1 let. c et e PPM. On peut néanmoins relever, s'agissant du moyen tiré de la lettre c de cette dernière disposition, que l'auditeur n'expose pas à satisfaction de droit en quoi il en aurait subi un préjudice. Quant au moyen tiré de l'art. 185 al. 1 let. e PPM, la critique de l'auditeur vise en réalité la qualité même de la motivation plutôt qu'un défaut de motivation de nature à l'empêcher d'attaquer utilement le jugement querellé.

Le grief souffre quoi qu'il en soit de rester indécis au regard de ce qui suit.

3.

Invoquant l'art. 185 al. 1 let. f PPM, ainsi que l'art. 146 PPM, l'auditeur se plaint de constatations de fait manifestement inexactes et d'une application erronée du principe *in dubio pro reo* s'agissant notamment des faits retenus en lien avec les chefs de prévention de contrainte sexuelle et de viol au sens des art. 153 et 154 CPM. Sous l'angle de l'art. 185 al. 1 let. d PPM, il se plaint en outre d'une violation de la loi pénale concernant les deux dispositions précitées.

3.1 A teneur de l'art. 185 al. 1 let. f PPM, la cassation sera prononcée lorsque des constatations de fait essentielles du jugement sont en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves, soit, en d'autres termes, lorsque les constatations en question sont entachées d'arbitraire (ATMC 15 n° 3 consid. 4a).

3.1.1 A l'instar du Tribunal fédéral, le Tribunal militaire de cassation n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il n'est pas un juge du fait. Il est au contraire lié par les constatations de fait ressortant de la décision entreprise, à moins qu'elles n'aient été établies de façon arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (cf. ATMC 16 n° 8 consid. 2.1; ATMC 14 n° 9 consid. 4c/aa; ATMC 12 n° 2 consid. 2b; ATMC 12 n° 21 consid. 5c). Le Tribunal militaire de cassation reconnaît aux tribunaux militaires, respectivement aux tribunaux militaires d'appel, un large pouvoir d'appréciation (ATMC 15 n° 3 consid. 4a/bb).

Une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation mais aussi dans son résultat (ATMC 15 n° 3 consid. 4a/bb; ATF 148 IV 409 consid. 2.2; 146 IV 88 consid. 1.3.1; 145 IV 154 consid. 1.1). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (cf. ATF 150 IV 360 consid. 3.2.1; 150 I 50 consid. 3.3.1; 149 IV 231 consid. 2.4; 148 IV 409 consid. 2.2; 147 IV 73 consid. 4.1.2; cf. aussi ATMC 15 n° 3 consid. 4a/bb).

3.1.2 La présomption d'innocence, garantie par les art. 6 par. 2 CEDH, 14 par. 2 Pacte ONU II, 32 al. 1 Cst., ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo* – dont l'éventuelle violation s'examine sous l'angle de l'art. 185 al. 1 let. f PPM (ATMC 15 n° 3 consid. 4a/cc) –, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large (ATF 148 IV 409 consid. 2.2; 145 IV 154 consid. 1.1; 144 IV 345 consid. 2.2.3.1; 127 I 38 consid. 2a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, elle signifie, au stade du jugement, que ce fardeau incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. Comme règle d'appréciation des preuves (sur la portée et le sens précis de la règle sous cet angle, cf. ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3), la présomption d'innocence signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant pas être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective. Lorsque l'appréciation des preuves et la constatation des faits sont critiquées en référence au principe *in dubio pro reo*, celui-ci n'a pas de portée plus large que l'interdiction de l'arbitraire (ATF 148 IV 409 consid. 2.2; 146 IV 88 consid. 1.3.1; 145 IV 154 consid. 1.1 et les références citées; cf. aussi ATMC 15 n° 3 consid. 4a/cc et les arrêts cités; WEHREBERG et al., Commentaire de la Procédure pénale militaire, Zurich 2008, n° 39 *ad* art. 146 PPM).

3.1.3 Aux termes de l'art. 146 al. 1 PPM, applicable par analogie en appel par renvoi de l'art. 181 al. 3 PPM, le tribunal apprécie librement les preuves, d'après la conviction qu'il a acquise au cours des débats. Cette disposition se conçoit comme le pendant, en procédure pénale militaire, de l'art. 10 al. 2 CPP, qui dispose pour sa part que le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure. Le principe de libre appréciation des preuves consacré par l'art. 146 al. 1 PPM doit en outre s'appréhender à l'aune de la présomption d'innocence et du principe *in dubio pro reo* (cf. WEHRENBURG et al., Commentaire de la Procédure pénale militaire, Zurich 2008, n° 27 ss ad art. 146 PPM).

En vertu du principe de libre appréciation des preuves, le tribunal doit décider s'il tient un fait pour établi sans être tenu par des règles de preuve et en ne se fondant que sur sa conviction personnelle en vertu d'un examen consciencieux des preuves disponibles (ATF 147 IV 409 consid. 5.3.3; 144 IV 345 consid. 2.2.3.1; arrêt 6B_1078/2023 du 17 décembre 2024 consid. 2.1.2). Ce faisant, les juges ne sont toutefois pas seulement tenus par leur propre intuition, mais également par des règles (objectivantes; *objektivierende*) de méthodologie, de causalité naturelle et d'expérience ainsi que par les connaissances scientifiques (ATF 147 IV 409 consid. 5.3.3, "*Denk-, Natur- und Erfahrungssätze sowie wissenschaftliche Erkenntnisse*"; 144 IV 345 consid. 2.2.3.1; arrêts 6B_1078/2023 du 17 décembre 2024 consid. 2.1.2; 6B_404/2022 du 2 août 2023 consid. 4.3.1). Le tribunal est en principe tenu d'apprécier de manière exhaustive les preuves disponibles, pour autant qu'elles soient déterminantes pour la décision à rendre. Une exploitation seulement partielle des preuves ne constitue pas une base sur laquelle le tribunal peut se forger une conviction définitive (ATF 147 IV 409 consid. 5.3.3; arrêts 6B_400/2025 du 9 octobre 2025 consid. 3.1; 6B_1078/2023 du 17 décembre 2024 consid. 2.1.2; 6B_105/2021 du 29 novembre 2021 consid. 3.4.1; 6B_17/2016 du 18 juillet 2017 consid. 1.4.1). Il y a en outre lieu de considérer qu'au regard de la maxime de l'instruction, qui prévaut également en procédure pénale militaire (cf. sur ce point: Thierry Godel, La procédure pénale militaire en Suisse, États des lieux, examen critique et propositions de révision, thèse, Bâle 2018, p. 337; cf. art. 52 al. 3 CPM; cf. art. 6 CPP et 389 al. 3 CPP au plan civil), il incombe aux autorités d'instruction, mais également aux autorités de jugement, y compris à l'autorité d'appel, d'administrer d'office les preuves complémentaires pertinentes pour le traitement de la cause (cf. ATF 147 IV 409 consid. 5.3.2 et les arrêts cités).

3.1.4 Lorsque l'autorité précédente a forgé sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents, il ne suffit pas que l'un ou l'autre de ceux-ci ou même chacun d'eux pris isolément soit à lui seul insuffisant. L'appréciation des preuves doit en effet être examinée dans son ensemble. Il n'y a ainsi pas d'arbitraire si l'état de fait retenu pourrait être déduit de manière soutenable du rapprochement de divers éléments ou indices. De même, il n'y a pas d'arbitraire du seul fait qu'un ou plusieurs arguments corroboratifs apparaissent fragiles, si la solution retenue peut être justifiée de façon soutenable par un ou plusieurs arguments de nature à emporter la conviction (arrêt 6B_256/2025 du 16 septembre 2025 consid. 3.1.3 et les nombreux arrêts cités).

3.1.5 Les déclarations de la victime constituent un élément de preuve. Le juge doit, dans l'évaluation globale de l'ensemble des éléments probatoires rassemblés au dossier, les apprécier librement (arrêts 6B_256/2025 du 16 septembre 2025 consid. 3.1.4; arrêt 6B_399/2024 du 5 septembre 2025 consid. 4.1.3; 6B_585/2025 du 24 septembre 2025 consid. 2.1.3; 6B_589/2024 du 17 janvier 2025 consid. 2.1.3; 6B_465/2024 du 8 janvier 2025 consid. 1.1.3; 6B_964/2023 du 17 avril 2024 consid. 2.3.1 non publié aux ATF 150 IV 121), sous réserve des cas particuliers où une expertise de la crédibilité des déclarations de la victime s'impose (ATF 129 IV 179 consid. 2.4; arrêts 6B_256/2025 du 16 septembre 2025 consid. 3.1.4).

Les cas de "déclarations contre déclarations", dans lesquels les déclarations de la victime en tant que principal élément à charge et les déclarations contradictoires de la personne accusée s'opposent, ne doivent pas nécessairement, sur la base du principe *in dubio pro reo*, conduire à un acquittement. L'appréciation définitive des déclarations des participants incombe au tribunal du fond (ATF 137 IV 122 consid. 3.3; arrêts 6B_256/2025 du 16 septembre 2025 consid. 3.1.4; 6B_585/2025 du 24 septembre 2025 consid. 2.1.3; arrêts 6B_589/2024 du 17 janvier 2025 consid. 2.1.2). En application du principe *in dubio pro reo*, la personne accusée ne doit être acquittée que si, après une appréciation globale de tous les éléments de preuve pertinents, il subsiste un doute qui ne peut être écarté quant à l'accusation portée contre elle (cf. arrêts 6B_400/2025 du 9 octobre 2025 consid. 3.1; 6B_17/2016 du 18 juillet 2017 consid. 1.4.1; 6B_288/2015 du 12 octobre 2015 consid. 1.5.3). Dans les cas de "déclarations contre déclarations", il appartient ainsi à l'autorité de jugement d'examiner en particulier la crédibilité respective des déclarations de la victime et celles de la personne accusée au regard de l'ensemble des éléments de preuve pertinents, en application du principe de libre appréciation des preuves. La présomption d'innocence entre en ligne de compte dans un second temps, lorsque, après examen de la globalité des éléments de preuve pertinents, il subsiste un doute irréductible en faveur du prévenu (cf. de manière générale: ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.).

3.2 La loi fédérale du 16 juin 2023, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024 (RO 2024 27; FF 2018 2889; FF 2022 687, 1011), a modifié la teneur de différentes infractions contre l'intégrité sexuelle, dont celles de contrainte sexuelle au sens de l'art. 153 CPM et celle de viol au sens de l'art. 154 CPM. Le Tribunal militaire d'appel 1 ayant statué le 19 avril 2024, il a appliqué le droit en vigueur au moment de la commission des faits (art. 2 al. 1 CPM), durant la nuit du 25 au 26 avril 2022, à savoir les anciens art. 153 et 154 CPM. Le nouveau droit n'était en effet pas encore en vigueur, quand bien même la motivation du jugement est intervenue le 3 juin 2025. Ceci dispense en principe d'examiner si le nouveau droit entré en vigueur après le jugement attaqué est plus favorable (cf. ATF 145 IV 137 consid. 2.8; 6B_535/2025 du 10 septembre 2025 consid. 3.2.1).

On peut néanmoins relever que les nouveaux art. 153 et 154 CPM n'apparaissent de toute façon pas plus favorables à l'intimé (cf. art. 2 al. 2 CPM; cf. en lien avec l'art. 190 aCP, pendant de l'art. 154 aCPM: arrêts 6B_630/2025 du 1^{er} octobre 2025 consid. 2.2.1).

3.2.1 Aux termes de l'art. 153 al. 1 CPM (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2024), celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

D'après l'art. 154 al. 1 CPM (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2024), celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un an à dix ans au plus.

3.2.2 A l'instar des art. 189 et 190 aCP, dont ils représentent le pendant en droit pénal militaire, les art. 153 et 154 aCPM tendent à protéger la libre détermination en matière sexuelle, en réprimant l'usage de la contrainte aux fins d'amener une personne à faire ou à subir, sans son consentement, un acte d'ordre sexuel (art. 189 aCP; art. 153 aCPM), ou une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel (art. 190 aCP; art. 154 aCPM). Pour qu'il y ait contrainte en matière sexuelle, il faut que la victime ne soit pas consentante, que l'auteur le sache ou accepte cette éventualité et qu'il passe outre en profitant de la situation ou en utilisant un moyen efficace (ATF 148 IV 234 consid. 3.3; 122 IV 97 consid. 2b; arrêt 6B_399/2024 du 5 septembre 2025 consid. 4.1.4, destiné à la publication et les arrêts cités).

Les art. 189 et 190 aCP, à l'instar des art. 153 et 154 aCPM, ne protègent des atteintes à la libre détermination en matière sexuelle que pour autant que l'auteur surmonte ou déjoue la résistance que l'on pouvait raisonnablement attendre de la victime (ATF 148 IV 234 consid. 3.3; 133 IV 49 consid. 4 et l'arrêt cité; arrêts 6B_630/2025 du 1^{er} octobre 2025 consid. 2.2.2; 6B_399/2024 du 5 septembre 2024 consid. 4.1.4, destiné à la publication). Le viol et la contrainte sexuelle, appréhendés comme des délits de violence, supposaient ainsi, dans la teneur des dispositions topiques en vigueur au moment des faits, l'emploi d'un moyen de contrainte (ATF 148 IV 234 consid. 3.3; arrêts 6B_630/2025 du 1^{er} octobre 2025 consid. 2.2.2; 6B_399/2024 du 5 septembre 2025 consid. 4.1.4 consid. 4.1.4).

3.2.3 A cet égard, les art. 189 et 190 aCP, tout comme les art. 153 et 154 aCPM, mentionnent notamment la violence (ATF 148 IV 234 consid. 3.3).

La violence désigne l'emploi volontaire de la force physique sur la personne de la victime dans le but de la faire céder (ATF 148 IV 234 consid. 3.3; 122 IV 97 consid. 2b). Il n'est pas nécessaire que la victime soit mise hors d'état de résister ou que l'auteur la maltraite physiquement. Une certaine intensité est néanmoins requise. La violence suppose non pas n'importe quel emploi de la force physique, mais une application de cette force plus intense que ne l'exige l'accomplissement de l'acte dans les circonstances ordinaires de la vie. Selon le degré de résistance de la victime ou encore en raison de la surprise ou de l'effroi qu'elle ressent, un effort simplement inhabituel de l'auteur peut la contraindre à se soumettre contre son gré (ATF 148 IV 234 consid. 3.3; 87 IV 68 consid. 1). Selon les circonstances, un déploiement de force relativement faible peut suffire. Ainsi, peut déjà être suffisant le fait de

maintenir la victime avec la force de son corps, de la renverser à terre, de lui arracher ses habits ou de lui tordre un bras derrière le dos (ATF 148 IV 234 consid. 3.3 et les références citées; arrêt 6B_399/2024 du 5 septembre 2025 consid. 4.1.4 consid. 4.1.4). Selon la jurisprudence rendue en application des art. 189 et 190 aCP, pleinement transposable aux art. 153 et 154 aCP, il peut également y avoir usage de la violence au sens de ces dispositions lorsque la victime abandonne sa résistance à un moment donné en raison de l'impasse ou de la peur d'une nouvelle escalade de la situation (cf. ATF 147 IV 409 consid. 5.5.3).

En d'autres termes, le fait que l'usage de la violence par l'auteur n'apparaisse pas massif ou que l'impact physique sur la victime apparaisse relativement faible n'est pas déterminant. En effet, pour apprécier l'ampleur de l'usage de la violence, il convient également de prendre en compte des facteurs liés à la victime, en tenant compte d'une échelle relative. Dans cette mesure, le fait que la victime soit maintenue ou retenue par une force physique supérieure peut s'avérer suffisant (arrêts 6B_210/2013 du 13 janvier 2014 consid. 3.2; 6B_619/2011 du 1^{er} novembre 2011 consid. 2; 6B_267/2007 du 3 décembre 2007 consid. 6.3; PHILIPP MAIER, in Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^e éd. 2019, n° 23 ad art. 189 CP). Dans cette perspective également, un état d'infériorité lié à une consommation excessive d'alcool, en lien avec des circonstances dans lesquelles la victime a été prise au dépourvu par l'auteur, peuvent constituer des éléments importants pour apprécier la question de l'usage de la force par l'auteur (arrêt 6B_210/2013 du 13 janvier 2014 consid. 3.2).

Outre l'usage de la violence, la contrainte peut également résulter de l'exercice de "pressions psychiques". En introduisant cette dernière notion, le législateur a voulu viser les cas où la victime se trouve dans une situation sans espoir, sans pour autant que l'auteur ait recouru à la force physique ou à la violence. Les pressions d'ordre psychique concernent les cas où l'auteur provoque chez la victime des effets d'ordre psychique, tels que la surprise, la frayeur ou le sentiment d'une situation sans espoir, propres à la faire céder. En cas de pressions d'ordre psychique, il n'est pas nécessaire que la victime ait été mise hors d'état de résister. Toute pression ou tout comportement conduisant à un acte sexuel ou à un autre acte d'ordre sexuel non souhaité ne saurait être qualifié d'emblée de contrainte sexuelle ou de viol. Le viol et la contrainte sexuelle restent des délits de violence, de sorte que les pressions d'ordre psychique visées par les art. 189 et 190 aCP doivent revêtir une intensité importante. Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une contrainte sexuelle, il faut procéder à une appréciation globale des circonstances concrètes déterminantes (ATF 148 IV 234 consid. 3.3; 131 IV 107 consid. 2.2; cf. aussi arrêt 6B_399/2024 du 5 septembre 2025 consid. 4.1.4 et les arrêts cités).

Une contrainte peut exister même lorsque la victime ne résiste pas si cette opposition apparaît d'emblée vaine ou de nature à faire dégénérer encore plus la situation (ATF 147 IV 409 consid. 5.5.3; arrêts 7B_1389/2024 du 30 juin 2025 consid. 4.2; 6B_388/2021 du 7 juin 2023 consid. 1.2.3). Selon la jurisprudence, l'infériorité cognitive et la dépendance émotionnelle et sociale peuvent, en particulier chez les enfants et les adolescents, induire une pression psychique extraordinaire et, partant, une soumission comparable à la contrainte physique, les rendant incapables de s'opposer à des atteintes sexuelles (ATF 131 IV 167 consid. 3.1; 131

IV 107 consid. 2.2; 124 IV 154 consid. 3b; ATF 122 IV 97 consid. 2b; cf. encore récemment: arrêt 6B_545/2024 du 26 mai 2025 consid. 2.1.2).

3.2.4 Au-delà de ces éléments relatifs à la notion de contrainte, la jurisprudence la plus récente a également eu l'occasion d'évoquer la notion d'état de sidération (*Schockzustand*; *stato di choc*), par quoi l'on entend en substance un état dans lequel la victime se trouve en situation de dissociation psychique qui l'empêche de réagir, étant figée, déconnectée, métaphoriquement décrite en référence à l'image de la biche apeurée devant les phares d'une voiture. En état de dissociation psychique, le cerveau est alors saturé neurobiologiquement par une sécrétion d'adrénaline et de cortisol qui compromet toute réaction adaptée et toute forme d'analyse rationnelle de la situation (cf. arrêt 6B_535/2025 du 10 septembre 2025 consid. 5.2; arrêt 6B_800/2022 du 16 août 2023 consid. 2.5.1; cf. aussi JAQUIER/MONTAVON/ISELIN, Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse: pourquoi une telle "résistance", in RPS 2023, p. 31 ss; cf. encore en lien avec l'art. 190 nCP: PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, Révision du viol en droit suisse, Dix questions soulevées par la modification de l'art. 190 CP, in RPS 2024, p. 34 ss). Dans un tel état, la capacité de résistance de la victime, respectivement sa capacité à exprimer son refus, s'en trouve alors sensiblement affectée (JAQUIER/MONTAVON/ISELIN, op. cit., p. 31 s.; PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, op. cit., p. 35).

3.2.5 Sur le plan subjectif, la contrainte sexuelle et le viol sont des infractions intentionnelles. L'auteur doit savoir que la victime n'est pas consentante ou en accepter l'éventualité (ATF 148 IV 234 consid. 3.4 et les arrêts cités). L'élément subjectif se déduit d'une analyse des circonstances permettant de tirer, sur la base des éléments extérieurs, des déductions sur les dispositions intérieures de l'auteur (ATF 148 IV 234 consid. 3.4; arrêt 6B_399/2024 du 5 septembre 2025 consid. 4.1.5 et les arrêts cités). S'agissant de la contrainte en matière sexuelle, l'élément subjectif sera réalisé lorsque la victime a donné des signes évidents et déchiffrables de son opposition, reconnaissables pour l'auteur – tels des pleurs, des demandes d'être laissée tranquille, le fait de se débattre, de refuser des tentatives d'amadouement ou d'essayer de fuir (ATF 148 IV 234 consid. 3.4). Notamment la nature des rapports (par exemple sodomies, rapports sexuels commis à plusieurs et à multiples reprises) jouera également un rôle pour déterminer si l'auteur pouvait accepter l'éventualité que la victime n'était pas consentante (arrêt 6B_399/2024 du 5 septembre 2025 consid. 4.1.5 et les arrêts cités).

Déterminer ce qu'une personne a su, voulu, envisagé ou accepté relève du contenu de la pensée, à savoir de faits "internes" qui, en tant que tels, lient le Tribunal militaire de cassation, à moins qu'ils aient été retenus de manière arbitraire (cf. ATF 150 IV 389 consid. 4.7.1; 148 IV 234 consid. 3.4; 147 IV 439 consid. 7.3.1). Est en revanche une question de droit celle de savoir si l'autorité précédente s'est fondée sur une juste conception de la notion d'intention et si elle l'a correctement appliquée sur la base des faits retenus et des éléments à prendre en considération (ATF 137 IV 1 consid. 4.2.3; 135 IV 152 consid. 2.3.2; 133 IV 9 consid. 4.1). On ne peut toutefois méconnaître que dans ce domaine, les questions de fait et de droit interfèrent étroitement, sur certains points. Il incombe ainsi à l'autorité de jugement d'établir de manière aussi complète que possible les circonstances extérieures susceptibles d'établir la volonté interne de l'accusé. Le Tribunal militaire de cassation peut revoir, dans une certaine

mesure, l'appréciation de ces circonstances au regard de la notion juridique de dol éventuel (cf. ATF 147 IV 439 consid. 7.3.1; 133 IV 9 consid. 4.1; arrêt 6B_399/2024 du 5 septembre 2025 consid. 4.2).

3.3 En l'espèce, il est constant que la sdte A. _____ est rentrée fortement alcoolisée de la sortie dont elle a bénéficié en date du 25 avril 2022, puisqu'il ressort du jugement querellé qu'elle présentait une alcoolémie de l'ordre de 2,36 pour mille lors de son retour en caserne vers 22h00. Il est en outre constant que l'intimé est rentré dans la chambre de la sdte A. _____ à 23h01, comme en atteste l'horaire du message vocal échangé à ce moment-là par celle-ci avec son ami.

Face aux versions contradictoires des parties, le Tribunal militaire d'appel 1 a examiné tour à tour les divergences relatives en particulier à la raison pour laquelle l'intimé s'était rendu dans la chambre de la partie plaignante, puis à la question du caractère contraint ou non de leur relation sexuelle.

3.4

3.4.1 S'agissant du premier point précité, qui se rapporte donc aux circonstances immédiatement antérieures aux faits proprement dits (cf. supra B.d), le Tribunal militaire d'appel 1 a considéré que les deux versions apparaissaient en substance plausibles.

Les juges précédents ont certes concédé que l'on peinait à comprendre pourquoi l'intimé avait passé outre la règle commandant aux cadres masculins de ne pas se rendre seul dans une chambre occupée par des militaires féminines, étant au demeurant relevé qu'une telle règle serait opportunément complétée par une autre dont la teneur serait, sinon de proscrire, du moins d'éviter que des militaires féminines puisse rester seule en chambre. A priori, la discussion supposément sollicitée par la partie plaignante aurait pu se dérouler, après l'appel en chambre, dans le couloir même ou dans le KP, l'intimé n'ayant pas mentionné la présence d'autres militaires à ce moment-là. Par ailleurs, si l'intimé avait perçu, comme il l'affirmait, la volonté de la partie plaignante de parler à un cadre supérieur dans les meilleurs délais, sans attendre le lendemain, il apparaissait étonnant qu'il fût préalablement passé dans sa propre chambre pour enlever son uniforme et revêtir un pull et un training avant d'aller voir la partie plaignante. Enfin, pour le Tribunal militaire d'appel 1, à entendre la réaction de cette dernière alors qu'elle adressait à 23h01 un message audio à son ami français ("*Oui, bonjour?*"; cf. supra B.d.c), elle avait paru quelque peu surprise par la venue de l'intimé.

Pour autant, selon le Tribunal militaire d'appel 1 toujours, si la partie plaignante n'avait pas sollicité la discussion, la durée de celle-ci ne manquait pas de surprendre. Il était en effet établi, grâce aux enregistrements audio, que l'intimé était arrivé dans la chambre à 23h01 et qu'il avait dû la quitter vers minuit, eu égard au message suivant adressé à 00h13. La durée de 45 minutes à une heure évoquée par l'accusé dans ses déclarations constantes, avant la relation sexuelle, était plausible. Le fait que l'accusé, qui n'était pas alcoolisé, contrairement à la partie plaignante, ait été en mesure de rapporter de manière précise les sujets abordés dans le cadre de la discussion (mécontentement de la plaignante quant au fait de devoir rester au KP plutôt que d'être avec ses camarades en raison de sa blessure à la jambe, fin de sa

relation avec le Lt C.____, mobbing lors de son apprentissage, passion pour le Japon et les mangas) était de nature à accréditer la thèse selon laquelle la partie plaignante, "très joyeuse" sous l'influence de l'alcool et qui avait enchaîné les problèmes, selon les termes de son ami B.____, avait pu ressentir le besoin de se confier et, sans forcément s'en souvenir, demander de parler à l'intimé.

En outre, selon le Tribunal militaire d'appel 1 toujours, le message audio de 23h01 ne permettait pas, en substance, de se convaincre que l'intimé avait frappé ou non avant d'entrer, les circonstances (qualité du micro du téléphone, distance avec la porte de la chambre) empêchant de confirmer ou d'infirmer cet aspect factuel. Il ne pouvait être exclu que la partie plaignante n'ait pas entendu frapper et que son téléphone n'ait pas pu enregistrer un son correspondant. Quant à la réponse positive que l'intimé disait avoir entendu, il se pouvait qu'ayant entendu le son de la conversation que la partie plaignante avait avec son ami, il ait interprété comme une telle réponse les sons qu'il avait entendus.

Sur cette base, le Tribunal militaire d'appel 1 a exposé éprouver un doute sérieux, fondé et irréductible sur le fait que l'intimé aurait menti au sujet des raisons l'ayant conduit à se rendre dans la chambre de la partie plaignante, respectivement quant au fait qu'il ait frappé à la porte. Un même doute sérieux, fondé et irréductible devait être considéré relatif au fait que l'intimé aurait menti sur le contenu et la durée de la conversation ayant précédé la relation sexuelle à la base de la présente procédure. Ses déclarations ne pouvaient donc, selon le Tribunal militaire d'appel 1, être écartées. Les juges précédents ont ainsi retenu la version de l'intimé et, conséquemment, écarté celle de la partie plaignante.

3.4.2 L'auditeur conteste, en l'occurrence, les motifs à l'aune desquels les juges précédents ont écarté la version de la partie plaignante, tendant à soutenir qu'elle n'avait nullement sollicité l'intimé pour avoir une discussion ce soir-là. Il souligne également l'importance clé de l'élément de surprise écarté par les juges précédents.

Avec l'auditeur, il convient d'admettre que l'appréciation de la crédibilité de l'intimé au sujet des circonstances immédiatement antérieures aux faits proprement dits revêt une importance cruciale, puisqu'elle conditionne en réalité l'appréciation de la crédibilité de l'ensemble de son récit. L'auditeur relève à juste titre également que l'on conçoit difficilement qu'il ait pu mentir sur les circonstances préalables aux faits proprement dits, mais qu'il ait pu dire la vérité sur les faits proprement dits.

Cela étant, le Tribunal militaire d'appel 1 a lui-même évoqué la transgression par l'intimé de la règle – *a priori* simple et claire, et surtout précisément destinée à prévenir de tels cas – commandant aux cadres masculins de ne pas se rendre seuls dans une chambre occupée par des militaires féminines. De même le Tribunal militaire d'appel 1 a-t-il relevé à juste titre que la discussion censément sollicitée aurait pu se dérouler en d'autres lieux plus opportuns que la chambre de la partie plaignante, soit par exemple au KP ou même dans les couloirs. A raison également, les juges précédents n'ont pas manqué de pointer le fait que l'intimé était d'abord passé dans sa propre chambre pour retirer son uniforme et revêtir un pyjama, avant de se rendre dans la chambre de la prénommée, qualifiant d'étonnant un tel comportement.

Outre la question de la tenue inadéquate, l'horaire de la visite apparaît lui aussi singulier, le jugement querellé ne comportant aucune indication tendant à laisser penser que la discussion censément sollicitée aurait pu revêtir un caractère urgent. Le fait que l'intimé se soit pareillement rapproché de la partie plaignante, allant jusqu'à s'asseoir sur son lit, seuls dans la chambre en question, constitue un autre élément dont les juges précédents auraient pu tenir compte pour mettre en exergue le caractère inadéquat et incompatible de la situation avec l'hypothèse d'une discussion entre un cadre homme et une simple soldate femme. Encore peut-on relever que l'intimé avait un intérêt à faire état de ce que la discussion a été sollicitée par la partie plaignante, puisque seule une telle sollicitation pouvait expliquer sa présence dans la chambre de cette dernière, au mépris d'une règle claire. Force est de constater, quoi qu'il en soit, que le Tribunal militaire d'appel 1 a lui-même mis en évidence différentes raisons qu'il était fondé à considérer comme propres à fragiliser la crédibilité des déclarations de l'intimé concernant les circonstances préalables aux faits proprement dits.

A l'opposé, le Tribunal militaire d'appel 1 a pris en compte la durée de la conversation entre les parties comme un élément appuyant les dires de l'intimé, au motif qu'il aurait été surprenant que la conversation se prolonge autant si elle n'avait pas été sollicitée. Or, on ne voit pas que la durée en question permettrait en soi de tirer une quelconque conclusion sur les motifs ayant pu la justifier, respectivement sur le fait de savoir si elle avait été requise ou non. De même, il apparaît délicat de conférer une pertinence intrinsèque au fait que l'intimé a été en mesure de rapporter de manière précise les sujets abordés, certes en partie personnels voire intimes, pour en tirer un argument en faveur de la thèse selon laquelle la partie plaignante, "très joyeuse" et sous l'influence de l'alcool, avait pu ressentir le besoin de se confier. Qu'elle ait pu spontanément se confier sur de tels sujets au cours de la discussion est une chose; qu'elle ait pu solliciter l'intimé à cette fin, au préalable, en est une autre. Ce d'autant qu'il ne ressort pas du jugement querellé que les parties auraient, au préalable, d'une manière ou d'une autre, entretenu des rapports de confiance, ne serait-ce que vagues, qui auraient pu amener la partie plaignante à se confier à l'intimé sur de tels sujets. On relève à cet égard que lors de son audition devant le Tribunal militaire d'appel 1, l'intimé a précisé qu'il n'avait jamais parlé avec la partie plaignante auparavant, sous réserve d'un bref échange relatif à un flipchart, lorsqu'il remplaçait un autre officier (cf. PV. aud. Tribunal militaire d'appel 1, p. 4). Cet élément, qui n'a pas été discuté, méritait de l'être et aurait dû être exploité. On ne peut en outre manquer de relever que la partie plaignante, se sachant "bourrée" et semblant craindre de se "faire engueuler", (cf. messages de 22h49 et 22h55; supra B.d.c), pouvait tout aussi bien être davantage préoccupée de chercher à éviter tout contact avec un supérieur hiérarchique à ce moment-là, bien plutôt que de chercher un confident en la personne de l'intimé. Il s'avère par conséquent que les éléments pris en compte par le Tribunal militaire d'appel 1 pour étayer la crédibilité des déclarations de l'intimé tombent au moins en partie à faux, ou sont appréciés sans prendre en compte des éléments pertinents.

En tout état de cause, l'auditeur critique de manière fondée l'appréciation faite par les juges précédents du message audio échangé à 23h01 par la partie plaignante. Peu importe en effet que celui-ci permette ou non de constater que l'intimé a frappé avant d'entrer. Cet élément n'apparaît pas en soi décisif par rapport à la question de savoir si la partie plaignante avait sollicité l'intimé pour avoir une discussion, respectivement face à celle de savoir si elle a été

surprise de le voir entrer dans sa chambre. Or, le Tribunal militaire d'appel 1 a lui-même rappelé la teneur du message envoyé à B.____ par la partie plaignante au moment-même où l'intimé est entré dans sa chambre, en évoquant l'apparente surprise de cette dernière face à l'apparition du prénommé (cf. supra B.d.c; message de 23h01: "*Il faut pas avoir honte, il faut profiter de la vie. Il se passe tellement de choses*", suivi d'un moment de silence puis une ouverture de porte, puis "*Oui, bonjour? ... ahahah [à B.____] Attends, je...*"). A cet égard, l'auditeur souligne à raison que l'on dispose ici, au-delà des seules déclarations des parties, d'un moyen de preuve présentant à tout le moins un certain caractère d'objectivité, qui accrédite la version de la partie plaignante et la thèse de la surprise. Ainsi, les versions des parties sont-elles certes contradictoires, mais il n'en demeure pas moins que celle de la partie plaignante est étayée par un élément extérieur de nature objective qui donne du crédit à ses propos lorsqu'elle soutient ne pas avoir sollicité de discussion avec l'intimé et avoir été surpris de le voir ce soir-là entrer dans sa chambre, qui plus est en pyjama, à 23h01 environ.

3.4.3 Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le Tribunal militaire d'appel 1 a retenu de manière insoutenable que les déclarations des parties revêtaient une crédibilité équivalente. C'est donc à tort que les juges précédents ont retenu, au bénéfice du doute, la version de l'intimé, sachant qu'en réalité, seule la version de la partie plaignante est étayée par un moyen de preuve objectif. Ce faisant, les juges précédents ont appliqué le principe *in dubio pro reo* de manière erronée et constaté les faits, s'agissant des éléments antérieurs aux faits proprement dits, de manière arbitraire. Le grief, loin de s'avérer purement appellatoire comme le soutien l'intimé dans ses observations, est donc bien fondé sur ce point.

3.5

3.5.1 En ce qui concerne ensuite des faits proprement dits (cf. supra B.e) et la question du caractère contraint ou non de la relation sexuelle en cause, le Tribunal militaire d'appel 1 a constaté les faits sur la base des éléments suivants.

Selon les juges précédents, les éléments du dossier permettaient de retenir que la partie plaignante n'avait pas repoussé par des gestes l'intimé, lorsque celui-ci avait commencé à avoir un contact physique avec elle et à se montrer plus entreprenant. Elle ne lui avait pas non plus signifié verbalement de s'arrêter. Concernant l'emploi de la force allégué – constamment réfuté par l'intimé –, la partie plaignante avait, lors de sa première audition du 28 avril 2022, rapporté le fait que l'intimé l'avait "serr[ée] dans ses bras", l'avait "allongé sur le dos", puis s'était ensuite "mis à cheval sur [elle], à mi-chemin de [s]on corps", avant d'obtenir un rapport bucco-génital. Selon le Tribunal militaire d'appel 1, ces termes n'évoquaient pas en tant que tels une contrainte physique ou tout du moins un comportement autoritaire de la part de l'intimé. Pour les juges précédents, ce n'étaient qu'à partir de son interrogatoire du 20 octobre 2022, soit près de six mois après les faits, que la partie plaignante avait – après avoir dans un premier temps réexposé librement le déroulement des événements sans faire allusion à un ou des comportements violents ou menaçants – indiqué, sur question spécifique du juge instructeur quant à l'usage de la force ou de la contrainte par l'intimé, qu'il lui avait tenu les mains durant l'acte. Devant le Tribunal militaire 1, la partie plaignante avait affirmé ne pas avoir prêté attention sur le moment à la présence éventuelle

de traces sur ses poignets, aucun examen médical n'ayant au demeurant porté sur cet aspect.

Selon le Tribunal militaire d'appel 1 toujours, même si, en tenant compte des spécificités liées au fonctionnement du psychisme des victimes, on ne pouvait exclure que des détails concernant un événement traumatisant passés sous silence peu après les faits remontent à la surface lors d'une audition ultérieure, il fallait retenir, à l'instar des premiers juges, et, en l'absence d'autres éléments probants au dossier (tels des antécédents de comportements violents de l'intimé ou encore un constat médical), que des doutes sérieux, fondés et irréductibles persistaient concernant l'emploi, par l'intimé, de la force ou de tout autre comportement propre à inspirer la crainte afin de parvenir à entretenir une relation sexuelle avec la partie plaignante, ainsi qu'à obtenir d'elle une fellation. A cet égard, le fait que les rapports de conduite au service militaire de l'intimé mentionnent, sous la rubrique "qualités de chef", que ce dernier "*tende a reagire d'impulso se la situazione non evolve come previsto*", n'apparaît pas, contrairement à ce que soutenait la partie plaignante, de nature à modifier le constat posé ci-avant. D'une part, ledit rapport avait été établi plus d'un mois après les faits et il ne pouvait être exclu que son auteur eût pu être influencé par la connaissance de ces derniers. D'autre part, et en tout état de cause, la description selon laquelle l'accusé aurait tendance à réagir de manière impulsive lorsque la situation n'évoluait pas comme prévu avait trait spécifiquement à ses qualités de chef militaire. Comme déjà relevé, en l'absence de tout antécédent venant étayer la thèse du comportement impulsif de l'intimé dans le cadre de ses relations intimes, la valeur probante du rapport évoqué plus haut se révélait négligeable, dans le cadre de la présente cause.

Face à l'évocation d'un état de sidération par l'accusation et la partie plaignante, le Tribunal militaire d'appel 1 a relevé que cette dernière avait expliqué, lors de sa première audition, ne pas se souvenir d'avoir demandé à l'intimé d'arrêter, au motif qu'elle était "figée la plupart du temps". Elle avait également indiqué qu'elle n'était pas en pleine possession de ses facultés physiques et psychiques au moment des faits, étant "bourrée". Ainsi, pour les juges précédents, la partie plaignante avait essentiellement imputé son inertie à son état d'alcoolisation, ce dont elle avait également fait part dans son message audio adressé le 26 avril 2022 à 00h11 à B. _____. Le Tribunal militaire d'appel 1 a également relevé que lors de sa seconde audition par le juge instructeur, la partie plaignante avait déclaré s'être retrouvée dans un état de tétanie quand l'intimé avait commencé à lui enlever le bas de ses vêtements et à lui lécher le sexe. Elle avait à nouveau mentionné un tel état de tétanie devant le Tribunal militaire 1 et devant les juges précédents. Or, pour ceux-ci, s'il ne s'agissait pas de remettre en question son ressenti subjectif, force était de retenir que, sur la base de ces seules déclarations – et en l'absence de tout autre élément, singulièrement d'un constat médical permettant d'étayer l'existence d'un état de sidération, respectivement les séquelles psychiques liées aux faits –, la conviction que la partie plaignante s'était retrouvée dans un tel état propre à induire le sentiment d'une situation sans espoir et une paralysie n'était, selon le Tribunal militaire d'appel 1, pas acquise. Il fallait rappeler à cet égard que, de manière constante, la partie plaignante avait affirmé, à l'instar de l'intimé, avoir été en mesure de parler à celui-ci pendant la relation sexuelle, en lui indiquant où il pouvait éjaculer (i. e. sur son ventre) et où il pouvait trouver un mouchoir pour s'essuyer, relevant encore à ce propos que l'intimé l'avait "écoutée" et procédé dans le sens indiqué par ses soins.

En outre, aux dires des juges précédents, les messages audio invoqués par l'accusation et la partie plaignante pour appuyer la thèse de l'état de sidération n'étaient pas de nature à remettre en cause l'appréciation évoquée ci-dessus. Si les deux messages en question, adressés par la partie plaignante à B. _____ le 26 avril 2022 à 00h11 et à 00h23 (recte: 00h13), laissaient certes transparaître un questionnement de la partie plaignante par rapport à son corps ainsi que des sentiments de culpabilité et de potentiel mal-être, on ne pouvait en déduire la preuve d'un état de sidération au sens retenu par la jurisprudence.

Ainsi, pour le Tribunal militaire d'appel 1, en l'absence de réaction de la part de la partie plaignante (par la voix ou le geste) et sur la base de l'appréciation des preuves telles que relatées, il ne pouvait être retenu que l'intimé eût pu comprendre que cette dernière ne voulait pas entretenir des rapports sexuels avec lui. Aucun élément au dossier ne permettait d'établir que l'intimé avait eu la conscience et la volonté d'outrepasser le consentement de la plaignante ou qu'il aurait accepté l'éventualité qu'elle ne soit pas consentante.

Au bénéfice du doute, le Tribunal militaire d'appel 1 a dès lors considéré qu'il y avait lieu d'acquitter l'intimé de chefs de prévention de contrainte sexuelle et de viol au sens des art. 153 et 154 aCPM.

3.5.2 L'auditeur conteste également les motifs à l'aune desquels les juges précédents ont établi les faits en suivant, au bénéfice du doute, en faveur de l'intimé, la version d'une interaction réciproque entre deux personnes adultes consentantes, par opposition à la version de rapports sexuels non consentis et contraints alléguée par la partie plaignante.

S'agissant des motifs avancés sur ce point par les juges précédents, il convient tout d'abord de rappeler que ceux-ci font suite à des développements concernant les circonstances immédiatement antérieures aux faits proprement dits, dont le caractère arbitraire a été établi plus haut. Il s'ensuit, sur ce plan, que le jugement querellé ne comporte aucun élément d'appréciation quant à l'ampleur et la portée que pouvait revêtir l'éventuelle surprise affichée par la partie plaignante de voir l'intimé entrer dans sa chambre, étant rappelé que la surprise compte parmi les éléments pertinents à prendre en compte dans l'examen de la contrainte typique des art. 153 et 154 CPM (cf. supra consid. 3.2.3). Qui plus est et comme relevé plus haut, ce qui précède revêt une importance déterminante sur l'appréciation de la crédibilité des déclarations de l'intimé et de sa version des faits concernant la relation sexuelle survenue le soir en question.

Ceci posé, il est constant, par rapport à l'élément de contrainte propre aux art. 153 et 154 aCPM, que les faits de la cause n'ont pas trait à un cas mettant en scène un déchaînement de violence de la part d'une personne se comportant comme une brute épaisse. Il n'en demeure pas moins que le jugement querellé ne comporte guère de développements sur la capacité de résistance que pouvait offrir une jeune femme de la corpulence de la scte A. _____ (1 m 64 pour 52 à 53 kg; cf. supra B.b) et dans l'état d'alcoolisation avancé qui était le sien (2,36 pour mille environ; ibid.). De même le jugement attaqué n'est-il guère plus disert au sujet de la corpulence de l'intimé et sur les différences affichées par les parties sur ce plan, s'agissant d'un élément susceptible de revêtir une importance déterminante dans un tel

contexte (cf. supra consid. 3.2.3). Il faut encore ajouter que les juges précédents se sont pour l'essentiel limités à évoquer l'alcoolisation comme un élément expliquant l'inertie de la partie plaignante, sans plus d'élément d'appréciation sur ce que pouvait en avoir perçu l'intimé, ni d'ailleurs sur sa propre situation sur ce plan. L'auditeur cite à cet égard un passage du procès-verbal d'audition par le juge instructeur du 28 avril 2022, juste après les faits, dans lequel l'intimé indiquait ne pas être sorti et ne pas avoir bu le soir en question (cf. pourvoi, p. 10). En tout état, parler du fort rôle désinhibant qu'a pu jouer l'alcool auprès de la partie plaignante comme le font les juges précédents (cf. jugement attaqué, p. 18) sans apprécier *a contrario* l'impact que pouvait avoir eu cette même alcoolisation sur sa capacité à manifester sa volonté, respectivement un refus, dénote une exploitation seulement partielle des éléments du dossier. Dans cette même perspective, le jugement querellé ne comporte pas non plus de discussion sur la crédibilité respective des versions des parties s'agissant de l'absence d'usage de préservatif, étant rappelé que la partie plaignante a fait valoir que l'intimé ne lui avait rien demandé à ce titre, en contradiction avec les dires du prénommé, qui a soutenu le contraire (cf. supra B.e.a et B.e.b).

En ce qui concerne ensuite de l'absence de constat médical, respectivement d'expertise susceptible d'étayer l'existence d'un état de sidération au moment des faits (cf. sur ce point: supra consid. 3.2.4) ou d'éventuelles séquelles sur le plan psychologique, on ne saurait reprocher cette situation à la partie plaignante et il convient au contraire de considérer qu'il s'agit d'une carence au niveau de l'instruction qu'il incombait au Tribunal militaire d'appel 1 de constater et de réparer en ordonnant une mesure correspondante (cf. supra consid. 3.1.3 i. f.). Sur ce plan, il apparaît du reste regrettable que la scte D. _____, à qui la partie plaignante s'est confiée dès le matin suivant des faits (cf. supra consid. B.g; cf. aussi PV aud. appel séparé, annexé au PV aud. appel, Q. 2) n'ait jamais été entendue, pas plus que le Dr Pedrazzi, à qui la partie plaignante s'est ensuite confiée le 27 avril 2022 (cf. aussi PV aud. appel séparé, annexé au PV aud. appel, Q. 3).

Au-delà de ces aspects, on ne saurait partager l'appréciation des juges précédents concernant la teneur des messages audio adressés par la partie plaignante immédiatement après les faits, à 00h11 et 00h13 (cf. supra B.f.b). Aux dires des juges précédents, ceux-ci laisseraient certes transparaître un questionnement de la part de la partie plaignante par rapport à son corps ainsi que des sentiments de culpabilité, mais on ne pourrait en déduire la preuve d'un état de sidération. On doit toutefois relever que le jugement querellé est pratiquement exempt d'éléments d'appréciation sur le ton des messages postérieurs aux faits, alors même que tels éléments figurent en lien avec les messages les ayant précédés. Mais surtout, avec l'auditeur, il convient d'admettre que les juges précédents minimisent la portée des propos tenus. La partie plaignante demande en effet pourquoi on profite de son corps, mais évoque aussi un besoin d'aide, en précisant, immédiatement après les faits, qu'elle va se souvenir de tout et que "ça va être horrible", non sans ajouter qu'elle "en a marre d'être faible". En ce sens, le constat d'un questionnement ainsi que d'un sentiment de culpabilité posé par les juges précédents ne semble guère refléter le contenu concret desdits messages qui, vu ce qui précède et nonobstant l'alcoolisation de la partie plaignante, paraît aller bien au-delà d'un simple questionnement, tout en n'apparaissant pas compatible avec la réaction d'une personne venant d'entretenir un rapport sexuel consenti. A cela s'ajoute encore que

l'absence de précision sur le ton des messages dans leur retranscription figurant dans le jugement querellé ne permet pas de se prononcer sur l'argument de l'auditeur, selon lequel ceux-ci dénoteraient également chez la partie plaignante un sentiment de détresse et de désespoir.

Par ailleurs, le fait que la partie plaignante a été en mesure de répondre à l'intimé lorsque celui-ci lui a demandé où il pouvait jouir – étant rappelé qu'il s'agissait d'un rapport non protégé – et a été en mesure de préciser qu'elle ne voulait pas qu'il jouisse en elle mais sur son ventre, ne constitue pas un élément qui permet de déduire quoi que ce soit s'agissant du caractère consenti, respectivement contraint, ou non du rapport concerné. Il en va de même s'agissant des propos tenus pour indiquer où se trouvaient les mouchoirs pour s'essuyer. L'auditeur relève en outre avec raison que la partie plaignante peut très bien avoir été totalement incapable d'objecter quoi que ce soit au début du rapport mais de néanmoins indiquer, par la suite, pour se préserver autant que faire se peut, qu'elle ne voulait pas qu'il jouisse en elle.

On notera encore que l'auditeur souligne à raison la divergence fondamentale entre la description faite par l'intimé de ce qui se serait produit juste après la relation sexuelle et les propos tenus par la partie plaignante dans ses messages de 00h11 et 00h13. L'un décrit une interaction joviale, en exposant que tous deux se seraient encore pris dans les bras et auraient encore discuté (cf. supra B.f.a). L'autre évoque dans ses messages le fait que l'on a profité d'elle, avoir besoin d'aide et des souvenirs qui vont être horribles (cf. supra B.f.b). Or, cette discrédance majeure n'a pas été appréciée par les juges précédents, alors même qu'il s'agit d'un élément déterminant pour établir les faits et évaluer la crédibilité des dires des parties. Dans le même ordre d'idées, il s'avère que le jugement entrepris ne comporte aucune analyse de la crédibilité des versions des parties, en particulier de celle de la partie plaignante au regard des circonstances relatives au dévoilement, respectivement à la dénonciation des faits. Sur ce point également, il faut retenir que les éléments du dossier n'ont été exploités que partiellement.

Plus généralement enfin, on relèvera que le jugement querellé ne comporte aucune discussion sur la question de l'éventuelle absence d'intérêt à dénoncer les actes incriminés du côté de la partie plaignante, et l'intérêt de l'intimé à présenter une version le disculpant, alors que l'existence de tels éléments doit être examinée, établie ou infirmée, mais en tous les cas appréciée dans un cas de "déclarations contre déclarations". On doit au surplus reprocher aux juges précédents d'avoir d'examiné les faits proprement dits, respectivement les versions des parties somme tout d'un seul tenant, de manière globale, sans en examiner point par point les différents aspects tels que précisément exposés dans l'acte d'accusation, qui mentionne (cf. supra B.j).

3.5.3 Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que le Tribunal militaire d'appel 1 a forgé sa conviction sur le plan factuel en ce qui concerne l'absence de contrainte, l'absence d'état de sidération de la victime ou encore l'absence de conscience et de volonté de l'intimé par rapport aux actes qui lui sont reprochés, sans prendre en considération et apprécier la globalité des éléments de preuve pertinents figurant au dossier. Ce faisant, le Tribunal

militaire d'appel 1 a appliqué le principe *in dubio pro reo* de manière erronée et versé dans l'arbitraire. Ce pan du grief est donc fondé, lui aussi.

3.6 En définitive, le grief soulevé doit donc être admis, le jugement attaqué doit être annulé et la cause renvoyée au Tribunal militaire d'appel 1 pour qu'il rende un nouveau jugement concernant les chefs de prévention de contrainte sexuelle et de viol au sens des art. 153 et 154 CPM sur le vu de l'ensemble des éléments du dossier et des considérants qui précèdent.

4.

Invoquant également les art. 185 al. 1 let. d et f PPM en lien avec l'art. 157 CPM, l'auditeur, qui conteste aussi l'acquittement dont l'intimé a bénéficié à ce titre, se plaint ici là encore de constatations de fait manifestement inexactes et de violation de la loi pénale.

4.1 Il est renvoyé aux développements formulés au sujet de l'art. 185 al.1 let. f PPM et des griefs relatifs aux constatations des faits, au principe de libre appréciation des preuves et au principe *in dubio pro reo* (cf. supra consid. 3.1).

4.2 La loi fédérale du 16 juin 2023, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024 (RO 2024 27; FF 2018 2889; FF 2022 687, 1011), a également modifié la teneur de l'art. 157 CPM. Vu ce qui a été déjà exposé plus haut, l'art. 157 aCPM, tel qu'en vigueur au moment des faits, demeure ici applicable (cf. supra consid. 3.2).

4.2.1 Aux termes de l'art. 157 aCPM, celui qui, profitant de sa situation militaire, aura fait subir ou commettre à une personne un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 30 jours-amende au moins.

L'art. 157 CPM tend de manière générale à protéger la libre détermination en matière sexuelle, en visant à punir celui qui cherche à tirer profit d'une forme d'ascendant découlant de sa situation militaire. La disposition vise aussi à protéger la discipline et l'ordre militaires, de façon à garantir une marche du service efficace et sans perturbation (ATMC 16 n° 6 consid. 3d).

4.2.2 Sur le plan objectif, l'art. 157 CPM suppose, outre le fait de faire subir un acte d'ordre sexuel à une personne (cf. sur ces éléments, ATMC 16 n° 6 consid. 4a et b), le fait de tirer profit, dans ce but, de sa situation militaire. L'interprétation de cet élément peut s'appréhender à l'aune de l'abus de détresse ou de la dépendance au sens de l'art. 193 CP (ATMC 16 n° 6 consid. 4c/aa).

Dans ce contexte, la question de savoir s'il existe un état de détresse ou un lien de dépendance et si la capacité de la victime de se déterminer était gravement limitée doit être examinée à la lumière des circonstances du cas d'espèce (ATF 131 IV 114 consid. 1 p. 117; arrêts 6B_156/2024 du 23 septembre 2024 consid. 3.1.1; 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021 consid. 1.2). La situation de détresse ou de dépendance doit être appréciée selon la représentation que s'en font les intéressés (cf. ATF 99 IV 161 consid. 1; arrêts 6B_156/2024 du 23 septembre 2024 consid. 3.1.1; 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021 consid. 1.2;

6B_895/2020 du 4 février 2021 consid. 2.4.1 et les références citées). L'art. 193 CP est réservé aux cas où l'on discerne un consentement. Il faut que ce consentement apparaisse motivé par la situation de détresse ou de dépendance dans laquelle se trouve sa victime. Il doit exister une certaine entrave au libre arbitre. L'art. 193 CP envisage donc une situation qui se situe entre l'absence de consentement et le libre consentement qui exclut toute infraction. On vise un consentement altéré par une situation de détresse ou de dépendance dont l'auteur profite. Les limites ne sont pas toujours faciles à tracer. L'infraction doit permettre de réprimer celui qui profite de façon éhontée d'une situation de détresse ou de dépendance, dans un cas où la victime n'aurait manifestement pas consenti sans cette situation particulière (arrêts 6B_156/2024 du 23 septembre 2024 consid. 3.1.1; 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021 consid. 1.2; 6B_895/2020 du 4 février 2021 consid. 2.4.1 et les arrêts cités).

Ce qui précède peut être transposé, *mutatis mutandis*, pour ce qui concerne l'art. 157 CPM. Cette disposition n'implique certes aucun état de détresse ou de dépendance (ATMC 16 n° 6 consid. 3). Ces éléments propres à l'art. 193 CPM, dont l'auteur est censé tirer profit, sont remplacés par la situation militaire de ce dernier. L'art. 157 CPM suppose ainsi que la personne lésée n'accepte d'entretenir un acte d'ordre sexuel qu'en raison de la situation militaire de l'auteur. Cette situation militaire doit en conséquence revêtir un rôle causal dans le fait que l'auteur obtienne de la victime un rapport sexuel (ATMC 16 n° 6 consid. 4c/aa et les nombreuses références citées; cf. arrêt 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021 consid. 1.6.1 et les références citées). La situation doit apparaître telle que la victime, bien que non désireuse d'entretenir un rapport sexuel avec l'auteur, n'ose pas s'y opposer en raison du statut militaire de celui-ci ou que la victime, malgré des réticences en son for intérieur, se laisse faire parce qu'elle capitule face à son statut militaire (ATMC 16 n° 6 consid. 4c/aa). L'application de l'art. 157 CPM est en revanche exclue s'il apparaît que la personne a consenti ou pris l'initiative en usant librement de ses facultés de décision (cf. arrêt 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021 consid. 1.6.1 et la référence citée).

4.2.3 Sur le plan subjectif, l'auteur doit savoir ou tout au moins supposer que la personne concernée n'accepte les actes d'ordre sexuel en question qu'au regard de sa situation militaire, le dol éventuel étant suffisant (cf. ATF 131 IV 114 consid. 1; QUELOZ/MEYLAN, Commentaire romand, Code pénal II, 2e éd. 2025, n° 26 ad art. 193 CP).

4.2.4 A l'instar de ce que retient la jurisprudence en lien avec l'art. 193 CP, il faut considérer, dans le contexte de l'art. 157 CPM (dans sa teneur au moment des faits), que lorsque l'auteur profite des circonstances liées à sa situation militaire, c'est l'infraction réprimée par l'art. 157 CPM qui entre en considération. Les spécificités de la situation, ainsi que l'existence en sus d'un rapport de dépendance et une faiblesse particulière de la victime influencent alors, sous l'angle de la faute, la sanction. En revanche, le juge appliquera les art. 153 ou 154 CPM (dans leur teneur jusqu'au 30 juin 2024) si l'auteur contribue à ce que la victime se trouve (subjectivement) dans une situation sans issue en usant de moyens d'action excédant la seule exploitation de la situation militaire, et si la pression exercée atteint l'intensité qui caractérise la contrainte. Il convient de déterminer dans chaque cas à partir de quand la relation liée à la situation militaire de l'art. 157 CPM se transforme en pressions psychiques ou en contrainte au sens des art. 153 et 154 CPM (dans leur teneur jusqu'au 30 juin 2024), en tenant compte,

en particulier, du fait que ces deux dernières normes répriment des infractions de violence. Elles doivent ainsi être interprétées dans la perspective des moyens que l'on peut attendre que la victime oppose. L'importance de l'influence exercée a, dans ce contexte, une portée décisive (ATF 128 IV 106 consid. 3b; arrêts 6B_156/2024 du 23 septembre 2024 consid. 3.1.1 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021 consid. 2.1; 6B_785/2011 du 29 juin 2012 consid. 4.1; cf. ATF 146 IV 153 consid. 3.5.9; QUELOZ/MEYLAN, op. cit., n° 33 ad art. 193 CP).

4.3 En l'espèce, l'auditeur s'en prend aux constatations du Tribunal militaire d'appel 1 relatives à l'infraction sanctionnée par l'art. 157 CPM, en relevant que le jugement querellé ne comporte aucune constatation quant au fait que l'intimé était officier de garde et seul officier présent en caserne ce soir-là. Il cite à l'appui de son grief des extraits du procès-verbal de l'audience d'appel dans lequel l'intimé précise qu'il y avait soir-là une vingtaine ou une trentaine de personnes, dont cinq à sept étaient des femmes. L'intimé a lui-même indiqué qu'il était le seul officier présent. Comme déjà relevé, l'auditeur cite également un passage du procès-verbal d'audition par le juge instructeur du 28 avril 2022, juste après les faits, dans lequel l'intimé confirmait ne pas être sorti et ne pas avoir bu le soir en question, dès lors qu'il était officier de garde (cf. pourvoi, p. 10 et les références). Or, au vu des spécificités de la cause, il s'agit à l'évidence d'un élément qui devait être pris en considération en tant qu'élément pertinent figurant au dossier par rapport à l'infraction en cause. Il en va de même des éléments dont se prévaut l'auditeur en lien avec les propos de l'intimé devant le Tribunal militaire 1 concernant le fait qu'il avait déclaré ne "*ne pas penser qu'une femme comme [la sdtte A.____] puisse être attirée par un homme comme [comme lui]*, en expliquant avoir tenu des propos en raison d'un manque de confiance en lui à l'époque, liée à une prise de poids et à une mauvaise image de soi (cf. pourvoi, p. 10).

Au regard de ce qui précède, force est de considérer que, sur ce point également, le Tribunal militaire d'appel 1 a forgé sa conviction sur le plan factuel sans prendre en considération et apprécier la globalité des éléments de preuve pertinents figurant au dossier.

4.4 Il s'ensuit que le grief d'arbitraire, qui n'est pas davantage appellatoire dans ce contexte, quoi qu'en dise l'intimé, est fondé sur ce point également. Le jugement attaqué doit être annulé à cet égard aussi et la cause renvoyée au Tribunal militaire d'appel 1. Il lui appartiendra ici aussi de rendre une nouvelle décision concernant le chef de prévention d'exploitation d'une situation militaire au sens de l'art. 157 CPM, en appréciant l'ensemble des éléments du dossier et en tenant compte des considérants ci-dessus.

5.

Au vu de ce qui précède, le pourvoi doit être admis et la cause renvoyée au Tribunal militaire d'appel 1 pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Les frais de la procédure devant le Tribunal militaire de cassation sont mis à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 183 al. 1 PPM cum 193 CPM).

(MKG 950, 28 novembre 2025, auditeur contre Tribunal militaire d'appel 1)

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

16

Art. 66 MStG; Art. 114 und 115 i.V.m Art. 147, Art. 148 Abs. 2 i.V.m. Art. 181 Abs. 3, Art. 182 Abs. 2, Art. 185 Abs. 1 Bst. c und d, Art. 186 Abs. 1 Satz 2 MStP, Missbrauch der Befehlsgewalt; Beschwerdelegitimation des Oberauditors, Verbot der reformatio in peius, Anklagegrundsatz, Kassationsgründe des Verfahrensfehlers und der Verletzung des Strafgesetzes

Der Oberauditor kann mit der Kassationsbeschwerde keine Schlechterstellung des Angeklagten verlangen, wenn der Auditor seinerzeit nicht oder zu Gunsten des Angeklagten gegen das Urteil des erstinstanzlichen Militärgerichts appelliert hat. Vorliegend hat der Auditor hinsichtlich des – im Verfahren vor Militärkassationsgericht einzig interessierenden – Tatbestands des Missbrauchs der Befehlsgewalt zu Gunsten des Angeklagten appelliert. Nichteintreten wegen fehlender Legitimation (E. 1.2.3).

Die Anklageschrift verletzt den Anklagegrundsatz, weil die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs der Befehlsgewalt in sachverhaltlicher Hinsicht nicht hinreichend konkret umschrieben sind. So begründet ein höherer Rang des Angeklagten für sich allein weder eine Befehlsgewalt noch eine entsprechende Vermutung (E. 3).

Art. 66 CPM ; art. 114 et 115 cum art. 147, art. 148 al. 2 cum art. 181 al. 3, art. 182 al. 2, art. 185 al. 1 let. c et d, art. 186 al. 1 2^{ème} phrase PPM ; abus du pouvoir de donner des ordres ; qualité pour se pourvoir en cassation de l'auditeur en chef, interdiction de la reformatio in peius, maxime d'accusation, motifs de cassation de la violation des dispositions essentielles de la procédure et de la violation de la loi pénale

L'auditeur en chef ne peut pas, dans le cadre d'un pourvoi en cassation, demander une péjoration de la situation de l'accusé, si l'auditeur n'avait pas fait appel du jugement rendu en première instance par le tribunal militaire ou s'il avait fait appel en faveur de l'accusé. En l'espèce, l'auditeur a fait appel en faveur de l'accusé s'agissant de l'infraction d'abus du pouvoir de donner des ordres, seule en jeu dans la procédure devant le Tribunal militaire de cassation. Non-entrée en matière pour défaut de légitimation (consid. 1.2.3).

L'acte d'accusation viole la maxime d'accusation, car les éléments constitutifs de l'abus du pouvoir de donner des ordres ne sont pas décrits de manière suffisamment concrète sur le plan factuel. Ainsi, le rang supérieur de l'accusé ne crée, à lui seul, ni un pouvoir de donner des ordres ni une présomption correspondante (consid. 3).

Art. 66 CPM; art. 114 e 115 in relazione con l'art. 147, art. 148 cpv. 2 in relazione con l'art. 181 cpv. 3, art. 182 cpv. 2, art. 185 cpv. 1 lett. c e d, art. 186 cpv. 1 seconda frase PPM; abuso di comando, legittimazione ricorsuale dell'uditore in capo, divieto della reformatio in peius, principio accusatorio, motivi di cassazione della violazione di disposizioni procedurali e della legge penale

L'uditore in capo non può chiedere mediante ricorso per cassazione di modificare una decisione a pregiudizio dell'accusato, se a suo tempo l'uditore non aveva presentato appello contro la sentenza di primo grado del tribunale militare oppure se aveva presentato appello a favore dell'accusato. In concreto, per quanto concerne l'abuso di comando, unico reato di interesse nella procedura dinanzi al Tribunale militare di cassazione, l'uditore ha presentato appello a favore dell'accusato. Inammissibilità del ricorso per cassazione a seguito della carente legittimazione (consid. 1.2.3).

L'atto d'accusa viola il principio accusatorio, ritenuto che gli elementi costitutivi del reato di abuso di comando non sono descritti a livello fattuale in maniera sufficientemente concreta. Il rango superiore dell'accusato non fonda già di per sè un comando e neppure una relativa presunzione (consid. 3).

Sachverhalt:

A.

Wm A. _____ (nachfolgend: Angeklagter) wird gemäss Anklageschrift vom 20. März 2023 vorgeworfen, sein Sturmgewehr 90 im Mai oder Juni 2016 B. _____ anvertraut und anschliessend von einer Verlustmeldung abgesehen zu haben. Um den Gewahrsamsverlust im Ausbildungsdienst der Formation (ADF) 2016 zu vertuschen, habe der Angeklagte sich im System aus dem Organigramm der Kompanie gelöscht. Dabei soll er von Angehörigen der Armee (AdA) des Kommandopostens unterstützt worden sein.

Der Auditor erhob am 20. März 2023 Anklage wegen Missbrauchs und Verschleuderung von Material (Art. 73 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 [MStG]; SR 321.0), mehrfacher Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 MStG), Fälschung dienstlicher Aktenstücke (Art. 78 MStG) sowie Missbrauchs der Befehlsgewalt (Art. 66 MStG).

Das Militärgericht 2 stellte mit Urteil vom 9. Juni 2023 das Verfahren wegen Fälschung dienstlicher Aktenstücke und Missbrauchs der Befehlsgewalt ein (Dispositiv-Ziffer 1). Zugleich sprach es den Angeklagten des Missbrauchs und Verschleuderung von Material schuldig (Dispositiv-Ziffer 2). Hierfür verurteilte es ihn zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je CHF 140.–, in Zusatz zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft vom 7. Juni 2018. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben mit einer Probezeit von drei Jahren (Dispositiv-Ziffer 3). Das Militärgericht 2 verzichtete auf den Widerruf des bedingten Vollzugs einer mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft vom 3. Juni 2014 ausgesprochenen Geldstrafe (Dispositiv-Ziffer 4). Es auferlegte dem Angeklagten eine reduzierte Gerichtsgebühr von CHF 500.– (Dispositiv-Ziffer 5).

B.

Gegen dieses Urteil erklärte der Auditor am 14. Juni 2023 Appellation. Er beantragt in der Hauptsache die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Militärgerichts 2 und einen Schuldspruch wegen Fälschung dienstlicher Aktenstücke, einen Freispruch vom Vorwurf des Missbrauchs der Befehlsgewalt und eine Erhöhung der bedingt ausgesprochenen Geldstrafe um fünf Tagessätze bei gleichbleibendem Tagessatz.

Mit Urteil vom 26. November 2024 sprach das Militärappellationsgericht 2 den Angeklagten vom Vorwurf des Missbrauchs der Befehlsgewalt frei, jedoch schuldig des Missbrauchs und Verschleuderung von Material und der Fälschung dienstlicher Aktenstücke und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je CHF 140.–. Im Weiteren bestätigte es das Urteil des Militärgerichts 2 und auferlegte die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 1'000.–, dem Angeklagten zur Hälfte.

Das Militärappellationsgericht 2 führte zum – im vorliegenden Verfahren einzig noch interessierenden – Freispruch vom Missbrauch der Befehlsgewalt aus, der Tatvorwurf in der Anklageschrift sei ungenügend umrissen. Es werde dem Angeklagten wie auch dem Gericht zugemutet, die Anklageschrift gedanklich zu erweitern. Der Anklagegrundsatz sei deshalb verletzt. Entgegen der Auffassung des Militärgerichts 2 führe dies aber nicht zu einer Verfahrenseinstellung, sondern zu einem Freispruch.

C.

Am 13. Mai 2025 meldete der Oberauditor der Armee gegen dieses Urteil Kassationsbeschwerde an, die er am 24. Juni 2025 begründete. Er beantragt unter Anrufung der Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. c (Verletzung von Verfahrensvorschriften) und Bst. d (Verletzung des Strafgesetzes) des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1), das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 hinsichtlich des Freispruchs von der Anklage des Missbrauchs der Befehlsgewalt und der ausgesprochenen Strafe aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Militärappellationsgericht 2 zurückzuweisen, unter Kostenfolge zu Lasten des Staates. Der Anklagegrundsatz sei nicht verletzt; zudem hätte das Verhalten des Angeklagten auch unter dem Gesichtspunkt der Befehlsanmassung (Art. 69 MStG) beurteilt werden müssen.

Mit Beschwerdeantwort vom 18. Juli 2025 schliesst die Verteidigerin des Angeklagten auf Abweisung der Beschwerde. Der Präsident des Militärappellationsgerichts 2 verzichtet am 22. Juli 2025 auf einen Bericht zur Kassationsbeschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Militärkassationsgericht ist für die Behandlung von Kassationsbeschwerden zuständig (Art. 13 MStP). Dieses Rechtsmittel kann unter anderem gegen Urteile der Militärappellationsgerichte erhoben werden (Art. 184 Abs. 1 Bst. a MStP). Der Auditor hat auf die Erhebung einer Kassationsbeschwerde gegen das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 verzichtet. Die – fristgerecht angemeldete und begründete (Art. 186 Abs. 2 und Art. 187 Abs. 1 MStP) – Kassations-

beschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels subsidiär legitimierten Oberauditors ist insoweit grundsätzlich zulässig (Art. 186 Abs. 1 Satz 2 MStP; ANDRÉ JOMINI, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008 [nachfolgend: MStP-Kommentar], Art. 186 N. 11).

1.2

1.2.1 Näher zu erörtern ist jedoch das Rechtsschutzinteresse des beschwerdeführenden Oberauditors. Dies unter zwei Aspekten: Zum ersten kann ein Rechtsmittel nicht zur Klärung abstrakter Rechtsfragen erhoben werden; die Gutheissung des Rechtsmittels muss zu einer konkreten Änderung des angefochtenen Urteils führen (JOMINI, a.a.O., Art. 186 N. 3, mit Hinweis auf BGE 124 IV 94). Entsprechend wird das Militärappellationsgericht bei Gutheissung der Kassationsbeschwerde im neuen, wiederaufgenommenen Verfahren – Ausnahmefälle vorbehalten – zu einem neuen Dispositiv kommen müssen.

Zum zweiten kann der Oberauditor nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts mit der Kassationsbeschwerde keine Schlechterstellung des Angeklagten mehr verlangen, wenn der Auditor seinerzeit nicht oder zu Gunsten des Angeklagten gegen das Urteil des Militärgerichts appelliert hat (MKGE 10 Nr. 22 E. 2b; vgl. auch JOMINI, a.a.O., Art. 186 N. 11; unten E. 1.2.3).

1.2.2 Im vorliegenden Fall hat der Auditor gegen das Urteil des Militärgerichts 2 vom 9. Juni 2023 zwar appelliert. Er hat aber für den – einzig noch interessierenden – Tatbestand des Missbrauchs der Befehlsgewalt einen Freispruch beantragt (oben Sachverhalt, B), wozu er aufgrund von Art. 173 Abs. 1 Satz 2 MStP berechtigt war. Danach kann der Auditor auch zu Gunsten des Angeklagten appellieren. In seinen Ausführungen an Schranken des Militärappellationsgerichts 2 hat der Auditor unter anderem ausgeführt, die Einstellung des Verfahrens (oben Sachverhalt, A) sei falsch gewesen. Vielmehr sei der Tatbestand von Art. 78 MStG (Fälschung dienstlicher Aktenstücke) hinreichend angeklagt und auch erfüllt. Der Auditor führte alsdann aus: «Zum Vorwurf des Missbrauchs der Befehlsgewalt. Hier muss ein Freispruch erfolgen. Es gab keine Befehlsgewalt gegenüber den Soldaten im KP.» (Protokoll der Hauptverhandlung vor dem Militärappellationsgericht 2 vom 26. November 2024, Akten Militärappellationsgericht pag. 92). Das Militärappellationsgericht 2 hat den Angeklagten in der Folge vom Vorwurf des Missbrauchs der Befehlsgewalt freigesprochen. Dieser Freispruch erfolgte jedoch wegen Verletzung des Anklagegrundsatzes und nicht – wie vom Auditor anbegehrt – weil der objektive Tatbestand aufgrund fehlender Befehlsgewalt nicht erfüllt war.

1.2.3 Der Oberauditor wendet sich zwar primär gegen die Würdigung durch das Militärappellationsgericht 2, indem er den Anklagegrundsatz als gewahrt erachtet. Letztlich wendet er sich bei der vor diesem Hintergrund erfolgenden Thematisierung des Merkmals der «Befehlsgewalt» aber auch gegen die in der Appellation zu Gunsten des Angeklagten ausfallende rechtliche Würdigung des Auditors, wonach eine Befehlsgewalt gefehlt habe.

Bei Gutheissung der Kassationsbeschwerde dürfte das Militärappellationsgericht 2 den Angeklagten im zweiten Rechtsgang nicht des Missbrauchs der Befehlsgewalt schuldig sprechen. Denn das Urteil darf nicht zu Ungunsten des Angeklagten abgeändert werden,

wenn er allein oder insoweit der Auditor ausdrücklich zu seinen Gunsten appelliert (Verbot der *reformatio in peius*; Art. 182 Abs. 2 MStP). Vielmehr müsste es ihn entweder – wie vom Auditor beantragt – «inhaltlich freisprechen» oder es hätte – bei Abweisung der zu Gunsten des Angeklagten erfolgten Appellation des Auditors – mit dem Urteil des Militärgerichts 2 sein Bewenden; weitere Möglichkeiten gibt es nicht (vgl. BERNHARD ISENRING/HANS MATHYS, MStP-Kommentar, Art. 182 N. 11). In der zweiten Konstellation würde sich zwar das Dispositiv des Urteils des Militärappellationsgerichts 2 formell ändern. Materiell bliebe es aber dabei, dass der Angeklagte nicht des Missbrauchs der Befehlsgewalt schuldig gesprochen würde. Welche Schlüsse aus diesem «Auseinanderfallen» von formeller und materieller Änderung zu ziehen wären, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn der Oberauditor ist jedenfalls auch deshalb nicht beschwerdelegitimiert, weil der Auditor beim Tatbestand des Missbrauchs der Befehlsgewalt zu Gunsten des Angeklagten appelliert hat (oben E. 1.2.1). Auf die Kassationsbeschwerde des Oberauditors kann nicht eingetreten werden.

2.

2.1 Selbst wenn auf die Kassationsbeschwerde einzutreten wäre, müsste sie – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – als unbegründet abgewiesen werden.

2.2 Was die gerügte Verletzung des Anklagegrundsatzes betrifft, so steht die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift gemäss Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP im Raum. Das Militärkassationsgericht ist insoweit an die «in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen» gebunden (Art. 189 Abs. 3 MStP). Fällt indes die Anwendung des Anklagegrundsatzes in weiten Teilen mit der Anwendung des materiellen Strafrechts zusammen, ist insoweit das Militärkassationsgericht auch in Bezug auf den Anklagegrundsatz nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 4 i.V.m. Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP; MKGE 14 Nr. 4 E. 2a).

3.

3.1 Der Militärstrafprozess ist grundsätzlich vom Anklageprinzip geprägt (Art. 114 f. i.V.m. Art. 147 f. MStP; Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV [SR 101]; Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 Bst. a und b EMRK [SR 0.101]). Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Das Gericht ist an die Anklage gebunden (sog. Prinzip der Unveränderbarkeit der Anklage). Daher muss die Anklageschrift die Person des Angeklagten wie auch die ihm zur Last gelegten strafbaren Verfehlungen sachverhätlich so genau umschreiben, dass die Vorwürfe in sachlicher wie auch persönlicher Hinsicht genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt damit gleichzeitig den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und dient seinem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). Deshalb ist das als strafwürdig erachtete Verhalten in der Anklage so zu umreissen, dass das Gericht weiss, worüber es zu befinden hat, und der Angeklagte erkennen kann, wogegen er sich zu verteidigen hat (MKGE 14 Nr. 6 E. 5b; 13 Nr. 40 E. 4b; vgl. für das bürgerliche Strafrecht BGE 149 IV 128 E. 1.2; 143 IV 63 E. 2.2, je mit Hinweisen).

In diesem Sinne sind dem Angeklagten die gesetzlichen Merkmale der ihm zur Last gelegten Tat, also die Einzelheiten des historischen Vorgangs, vorzuhalten (Art. 115 Bst. b MStP; MKGE 14

Nr. 3 E. 4b; 13 Nr. 40 E. 4b und c; 13 Nr. 1 E. 3c; ALAIN P. RÖTHLISBERGER, MStP-Kommentar, Art. 115 N. 10 ff.). Daraus ergibt sich, dass die einen Straftatbestand beschreibenden oder diesem in Rechtsprechung und Lehre zugeschriebenen rechtstechnischen Begriffe nicht zwingend genannt oder erörtert zu werden brauchen (MKGE 14 Nr. 3 E. 4b). Das Bundesgericht hält zum bürgerlichen Strafprozess fest, auch eine fehlerhafte und unpräzise Anklage könne nicht dazu führen, dass es zu keinem Schuldspruch kommen dürfe, solange klar sei, welcher Sachverhalt der beschuldigten Person vorgeworfen werde (BGE 149 IV 128 E. 1.2).

3.2 Der Oberauditor hält dafür, der Freispruch betreffend den Vorwurf des Missbrauchs der Befehlsgewalt nach Art. 66 MStG sei in Verletzung der Vorschriften über das Anklageprinzip im Militärstrafprozess (Art. 115 i.V.m. Art. 147 MStP) erfolgt. Die Anklageschrift umschreibe nach dem Urteil des Militärappellationsgerichts 2 (Ziff. III.4) den Tatvorwurf wie folgt: «Damit der Beschuldigte sich aus dem Organigramm der Kompanie löschen konnte, wies er die AdAs auf dem Kommandoposten an, ihn beim Eindringen in das System zu unterstützen. Er wusste oder nahm wenigstens in Kauf, dass die AdAs auf dem Kommandoposten seine Anweisungen als Befehl auffassen und sich aufgrund der Hierarchie nicht widersetzen werden.» Die Anklage sei in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Das Militärappellationsgericht 2 habe denn auch bei dem im selben Zusammenhang stehenden Vorwurf der Fälschung dienstlicher Aktenstücke (Art. 78 MStG) die Verletzung des Anklagegrundsatzes zu Recht verneint. Denn mit der Tatzeit (ADF 2016), der Art und Weise der Tatausführung (Löschung des eigenen Namens im System), dem Tatort (Kommandoposten) und dem Tatobjekt (Organigramm der Kompanie) sei das dem Angeklagten vorgeworfene Verhalten genügend umschrieben. Nicht anders verhalte es sich beim Anklagesachverhalt des Missbrauchs der Befehlsgewalt (Art. 66 MStG). Wenn das Militärappellationsgericht 2 ausführe, dass in der Anklage nicht enthalten sei, «inwiefern dem Angeklagte[n] Befehlsgewalt zustand bzw. er die Eigenschaft eines Vorgesetzten innehatte», so lasse es ausser Acht, dass der Angeklagte Wachtmeister sei und damit «zumindest ein Höherer», der «gegenüber den AdA's des Kommandopostens zumindest nicht von vornherein keine Befehlsgewalt» habe. Dies habe auch der Auditor erkannt, indem er dem «Beschuldigten in der Anklage vorwarf, dass dieser 'wusste oder wenigstens in Kauf' nahm, 'dass die AdA's auf dem Kommandoposten seine Anweisungen als Befehl auffassen'». Damit erfasse die Anklage auch den Versuch des Missbrauchs der Befehlsgewalt als Sachverhaltsvariante. Der Angeklagte wisse denn auch, was ihm vorgeworfen werde: Er habe den Befehl erteilt, dass ihm geholfen werde, sich in das System einzuloggen und die Datei zu finden, in der das Organigramm der Kompanie gespeichert war.

3.3 Die Verteidigerin des Angeklagten hält dafür, das Militärappellationsgericht 2 habe – wie bereits das Militärgericht 2 zuvor – zu Recht auf mehrere Mängel in der Anklage bei der sachverhaltlichen Umschreibung des vorgeworfenen Missbrauchs der Befehlsgewalt (Art. 66 MStG) hingewiesen. So seien sowohl Tatzeitpunkt als auch Tathandlung ungenügend umschrieben. Es seien zudem weder der konkrete Befehl noch die Befehlsgewalt gegenüber den nicht näher bezeichneten Untergebenen umrissen. Es reiche nicht, dass der Angeklagte – wie der Oberauditor vorbringe – *nicht von vornherein keine Befehlsgewalt* (Auszeichnung gemäss Vernehmlassung, Rz. 14) gehabt habe. Die Anklageschrift hätte aufzeigen müssen, dass der Angeklagte gerade Befehlsgewalt hatte. Es sei ihr nicht zu entnehmen, um welche AdA's es sich gehandelt habe und ob diese dem Angeklagten untergeordnet gewesen seien. Eine Anweisung sei zudem kein Befehl im Sinne von Art. 66 MStG. Wenn sich der Auditor nicht sicher sei, wie sich der Sachverhalt

zugetragen habe, habe er alternative Anklagesachverhalte zu präsentieren. Die Motivation für die Kassationsbeschwerde scheine denn auch weniger das Strafverfolgungsinteresse als solches zu sein, sondern der «Anspruch an das Funktionieren der Militärjustiz in formaljuristischer Hinsicht» (Vernehmlassung, Rz. 31). Dies sei aber durch genügende Anklagen zu erreichen und nicht durch Herabsetzung der Anforderungen an «Qualität und Rechtskonformität der Anklage».

3.4 Die Anklageschrift muss – wie erwähnt (oben E. 3.1) – unter anderem die gesetzlichen Merkmale der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat umschreiben (Art. 115 Bst. b MStP). Diese gesetzliche Ordnung ist rudimentärer als diejenige im bürgerlichen Strafprozess. Dort verlangt Art. 325 Abs. 1. Bst. f der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0), dass die Anklageschrift «möglichst kurz, aber genau: die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung» bezeichnet. Inwieweit sich diese Anforderungen des jüngeren, bürgerlichen Prozessgesetzes vollumfänglich auf den Militärstrafprozess übertragen lassen, braucht nicht abschliessend entschieden zu werden. Der in der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts verlangte Vorhalt der Einzelheiten des historischen Vorgangs (oben E. 3.1) kann aber im Lichte der erwähnten Anforderungen im bürgerlichen Strafprozess betrachtet werden.

Vor diesem Hintergrund fällt auf, dass die Anklageschrift vom 20. März 2023 in Bezug auf die Vorwürfe der Fälschung dienstlicher Aktenstücke (Art. 78 MStG) und des Missbrauchs der Befehlsgewalt (Art. 66 MStG) – der Tatbestand der Befehlsanmassung (Art. 69 MStG) wurde nicht angeklagt, auch nicht eventualiter – ziemlich dürftig und fragmentarisch erscheint. So wird weder die Einteilung des Angeklagten ersichtlich noch die Einheit, in der er den Dienst geleistet hat, in dem die angeklagten strafbaren Handlungen erfolgt sein sollen. Auch der Zeitraum des entsprechenden Diensts ergibt sich nicht aus der Anklageschrift, geschweige denn das genaue Datum, an dem der Angeklagte die strafbaren Handlungen vorgenommen haben soll. Die Rede ist nur von «ADF 2016» und der «Kompanie». Keine weitere Umschreibung erfahren auch der Ort – wo der Kommandoposten gewesen ist, wird nicht ersichtlich – noch das «System», in welchem der Angeklagte seinen Namen aus dem Organigramm der Kompanie gelöscht haben soll. Zwar liegt – wie der Auditor an Schranken des Militärappellationsgerichts 2 ausführte (Protokoll der Hauptverhandlung vor dem Militärappellationsgericht 2 vom 26. November 2024, Akten Militärappellationsgericht pag. 92) – dem Verfahren eine Selbstanzeige zugrunde. Auch sollen die Anforderungen an die Beschreibung technischer Einzelheiten nicht überspannt werden, solange der Angeklagte weiss oder erkennen kann, worum es bei dem an ihn gerichteten Vorwurf geht (oben E. 3.1 *in fine*). Dennoch genügt eine derart generische Beschreibung wesentlicher Sachverhaltselemente den Anforderungen nicht.

3.5 Das Militärappellationsgericht 2 hat in Bezug auf die Fälschung dienstlicher Aktenstücke die Verletzung des Anklagegrundsatzes gleichwohl verneint: Tatzeit (ADF 2016), Art und Weise der Tatausführung (Löschung des eigenen Namens im System), Tatort (Kommandoposten) und Tatobjekt (Organigramm der Kompanie) seien genügend umschrieben. Insbesondere reiche die Angabe eines bestimmten Zeitraums, wenn sich die zeitlichen Verhältnisse nicht exakt rekonstruieren liessen, solange für den Angeklagten keine Zweifel bestünden, welches Verhalten ihm vorgeworfen werde (Urteil Militärappellationsgericht 2 III/3 mit Hinweis auf das Urteil des BGer

6B_720/2018 vom 3. Oktober 2018 E. 1.3). Diese – nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildende – Erkenntnis wird vom Oberauditor herangezogen, um darzulegen, dass auch betreffend den Vorwurf des Missbrauchs der Befehlsgewalt der Anklagegrundsatz nicht verletzt sei (oben E.3.2). Doch selbst wenn man hinsichtlich Zeit und Ort der wohlwollenden Betrachtung des Militärappellationsgerichts 2 folgt, so sind – wie das Militärappellationsgericht 2 zutreffend ausführt – weder der Befehl, die Befehlsgewalt noch die Untergebenen näher umschrieben. Damit fehlt es an wesentlichen Elementen des angeklagten Sachverhalts. Von kleineren Ungenauigkeiten in den Orts- und Zeitangaben, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum bürgerlichen Straf(prozess)recht nicht zur Unbeachtlichkeit der Anklage führen (vgl. Urteil des BGer 6B_819/2023 vom 5. September 2025 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen, mit Hinweisen; oben E. 3.1), kann keine Rede sein. Wie der Angeklagte zutreffend ausführt, reicht es eben gerade nicht, dass «zumindest nicht von vornherein keine Befehlsgewalt» bestand; ein höherer Rang begründet für sich allein weder eine Befehlsgewalt noch eine entsprechende Vermutung. Entscheidend ist, dass eine Befehlsgewalt vorlag und rechtsgenügend umschrieben ist. Aus diesen Gründen verletzt die Anklageschrift in Bezug auf den Missbrauch der Befehlsgewalt den Anklagegrundsatz. Die Rüge, dass die entsprechende Beurteilung des Militärappellationsgerichts 2 eine Verletzung von Verfahrensvorschriften im Sinne des Kassationsgrunds von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP darstelle, ist unbegründet.

4.

4.1 Der Oberauditor wirft dem Militärappellationsgericht 2 weiter vor, das Verhalten des Angeklagten nicht unter dem Aspekt der Befehlsanmassung nach Art. 69 MStG beurteilt zu haben, was den Kassationsgrund der Verletzung des Militärstrafgesetzes (Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP) begründe. Denn das Militärappellationsgericht 2 sei nicht an die rechtliche Würdigung in der Anklageschrift gebunden gewesen (Art. 148 Abs. 1 i.V.m. Art. 181 Abs. 3 MStP).

4.2 Die Anklageschrift enthielt – wie erwähnt (oben E. 3.4) – keine Ausführungen zum Tatbestand der Befehlsanmassung. Sollen nicht angeklagte Strafbestimmungen gleichwohl noch Eingang in das Verfahren finden, so ist dies nur im erstinstanzlichen Verfahren vor Militärgericht noch möglich: Eine Verurteilung aufgrund von Strafbestimmungen, die nicht in der Anklageschrift aufgeführt sind, darf zudem nur erfolgen, wenn der Angeklagte zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist (Art. 148 Abs. 2 MStP). Diese Möglichkeit besteht im Verfahren vor dem Militärappellationsgericht nicht mehr; Art. 148 Abs. 2 MStP wird vom Verweis von Art. 181 Abs. 3 MStP nicht erfasst. Ebenso wenig möglich wäre auch eine Unterbrechung oder Verschiebung der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung, um die Anklageschrift neu zu erstellen oder zu ergänzen (MKGE 14 Nr. 34 E. 5b). Dementsprechend wäre es dem Militärappellationsgericht 2 in einem zweiten Rechtsgang verwehrt, den Angeklagten wegen Befehlsanmassung zu verurteilen. Indem das Militärappellationsgericht 2 diesen Tatbestand nicht geprüft hat, hat es das Militärstrafgesetz nicht verletzt.

(MKG 951, 28. November 2025, Oberauditor gegen Militärappellationsgericht 2)