



**Militärkassationsgericht – MKGE 15 Nr. 1 bis Nr. 9 – Regesten**  
**Tribunal militaire de cassation – ATMC 15 n° 1 au n° 9 – Regestes**  
**Tribunale militare di cassazione – STMC 15 n° 1 al n° 9 – Regesti**

<p><b>MKGE 15 Nr. 1</b> (926 v. 25.3.2022)</p>	<p><b>Art. 36 al. 1, 122 ch. 1 CPM ; art. 128 PPM ; réquisition de preuves ; lésions corporelles simples et voies de fait ; sursis à l'exécution de la peine (pourvoi en cassation)</b></p> <p>Conformément à l'art. 128 al. 2 PPM, lorsque le président refuse comme non pertinente l'administration d'une preuve, la partie intéressée doit, à l'ouverture des débats, renouveler sa réquisition. A défaut, celle-ci renonce à l'administration de cette preuve (consid. 2). Le prévenu qui assène des coups sur le tronc et à la tête d'une victime en portant ses bottes de combat ne réalise pas une infraction de peu de gravité selon l'art. 122 ch. 1 al. 2 CPM (consid. 4). Rappel des conditions pour l'octroi du sursis à l'exécution d'une peine (consid. 6).</p> <p><b>Art. 36 Abs. 1, 122 Ziff. 1 MStG; Art. 128 MStP; Beweisanträge; einfache Körperverletzung und Tötlichkeiten; bedingter Strafvollzug (Kassationsbeschwerde)</b></p> <p>Gemäss Art. 128 Abs. 2 MStP muss die Partei bei Eröffnung der Hauptverhandlung ihren Beweisantrag wiederholen, wenn der Präsident die Beweiserhebung als unerheblich abgelehnt hat. Andernfalls verzichtet sie auf die Beweiserhebung (E. 2). Tritte in Kampfstiefeln gegen Rumpf und Kopf eines Opfers stellen keinen leichten Fall nach Art. 122 Ziff. 1 Abs. 2 MStG dar (E. 4). Rekapitulation der Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs (E. 6).</p> <p><b>Art. 36 cpv. 1, 122 cifra 1 CPM; art. 128 PPM; richiesta di prove; lesioni personali semplici e vie di fatto; sospensione condizionale della pena (ricorso per cassazione)</b></p> <p>Ai sensi dell'art. 128 cpv. 2 PPM, se il presidente del tribunale rifiuta di ammettere le istanze probatorie in quanto irrilevanti, la parte deve reiterarle all'apertura dell'udienza. In caso contrario, la parte rinuncia al diritto di produrre le prove (consid. 2). Un imputato che colpisce una vittima al tronco e alla testa indossando stivali da combattimento non commette un reato meno grave ai sensi dell'art. 122 cifra 1 par. 2 CPM (consid. 4). Condizioni per la sospensione condizionale della pena (consid. 6).</p>
<p><b>MKGE 15 Nr. 2</b> (927 v. 24.6.2022)</p>	<p><b>Art. 149 al. 1 et 2 CPM ; distinction entre menaces et menaces de peu de gravité ; éléments d'appréciation du cas de peu de gravité (pourvoi en cassation)</b></p> <p>Cas de figure où, nonobstant l'usage d'un couteau, qui ne saurait en soi apparaître comme anodin, les circonstances propres au cas d'espèce permettraient néanmoins de retenir un cas de peu de gravité (consid. 3).</p>



	<p><b>Art. 149 Abs. 1 und 2 MStG; Unterscheidung zwischen Drohungen und leichten Drohungen; Elemente zur Beurteilung des leichten Falles (Kassationsbeschwerde)</b></p> <p>Annahme eines leichten Falles aufgrund der Umstände des Einzelfalles, obwohl ein Messereinsatz bei einer Drohung an sich nicht harmlos erscheinen kann (E. 3).</p> <p><b>Art. 149 cpv. 1 e 2 CPM; distinzione tra minacce e minacce di esigua gravità; fattori per ammettere un caso di esigua gravità (ricorso per cassazione)</b></p> <p>Un caso in cui, nonostante l'uso di un coltello, che di per sé non può essere considerato innocuo, le circostanze del caso hanno comunque permesso di ammettere un caso di esigua gravità (consid. 3).</p>
<p><b>MKGE 15 Nr. 3</b> (929 v. 9.9.2022)</p>	<p><b>Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 71 Abs. 1 und 2 MStG, Art. 185 Abs. 1 Bst. d und f MStP; Drohung gegenüber einem Untergebenen, leichter Fall, Rügeprinzip, Beweiswürdigung (Unschuldsumutung), Kassationsgründe der Verletzung des Strafgesetzes und der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung (Kassationsbeschwerde)</b></p> <p>Im Verfahren der Kassationsbeschwerde gilt das qualifizierte Rügeprinzip; der Beschwerdeführer muss unter Hinweis auf den angerufenen Kassationsgrund darlegen, welche Bestimmungen er für verletzt hält und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll (E. 1b). Der Tatbestand von Art. 71 MStG beschlägt den Missbrauch der Befehlsgewalt und schützt auch das Rechtsgut der Handlungsfreiheit des Untergebenen (E. 2a). Eine Absicht des Täters, die Drohung tatsächlich wahrzumachen, ist nicht erforderlich. Es kommt insoweit nur darauf an, ob die Drohung ernstgemeint erscheint. Dabei ist ausreichend, dass die Drohung objektiv geeignet ist, auf das Opfer einen gewissen seelischen Druck auszuüben und es in seinem Sicherheitsgefühl zu verletzen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, zumal das Opfer einen tätlichen Übergriff für möglich gehalten hat (E. 2b, 5a). Kein leichter Fall einer Drohung i.S.v. Art. 71 Abs. 2 MStG, zumal das angedrohte Übel schwerwiegend war und der Angeklagte seine Verantwortung als direkter Vorgesetzter in gravierender Weise verkannt hat (E. 6c).</p> <p><b>Art. 32 al. 1 Cst., art. 71 al. 1 et 2 CPM, art. 185 al. 1 let. d et f PPM ; menaces à l'encontre d'un subordonné, cas de peu de gravité, principe de l'allégation, appréciation des preuves (présomption d'innocence), moyens de cassation tirés de la violation de la loi pénale et de la constatation arbitraire des faits (pouvoi en cassation)</b></p> <p>Dans la procédure de pourvoi en cassation, le principe de l'allégation qualifié s'applique ; le recourant doit exposer, en se référant au motif de cassation invoqué, les dispositions qui auraient été violées et en quoi le jugement attaqué est censé entériner leur violation (consid. 1b). L'infraction de l'art. 71 CPM recouvre l'abus du pouvoir</p>



	<p>de donner des ordres et protège également le bien juridique de la liberté d'action du subordonné (consid. 2a). Il n'est pas nécessaire que l'auteur ait l'intention de mettre effectivement la menace à exécution. Ce qui compte est que la menace paraisse sérieuse. Il suffit que la menace soit objectivement susceptible d'exercer une certaine pression psychologique sur la victime et de l'atteindre dans son sentiment de sécurité. Ces conditions sont remplies dans le cas présent, d'autant que la victime a estimé qu'une agression physique était possible (consid. 2b, 5a). Il n'y a pas de cas de peu de gravité au sens de l'art. 71 al. 2 CPM, d'autant que l'atteinte annoncée était grave et que l'accusé a gravement méconnu sa responsabilité de supérieur hiérarchique direct (consid. 6c).</p> <p><b>Art. 32 cpv. 1 BV, art. 71 cpv. 1 e 2 CPM, art. 185 cpv. 1 lett. d e f PPM; minaccia a un subordinato, caso poco grave, principio dell'allegazione, valutazione delle prove (presunzione d'innocenza), motivi di cassazione della violazione del diritto penale e dell'accertamento arbitrario dei fatti (ricorso per cassazione)</b></p> <p>Nei procedimenti di ricorso per cassazione si applica il principio d'allegazione qualificato; il ricorrente deve indicare quali disposizioni ritiene siano state violate e in che misura la sentenza impugnata sia stata violata, con riferimento ai motivi di cassazione invocati (consid. 1b). Il reato di cui all'art. 71 CPM riguarda l'abuso di autorità e tutela anche l'interesse legale della libertà d'azione del subordinato (consid. 2a). Non è necessario che l'autore del reato intenda effettivamente mettere in atto la minaccia. Ciò che conta è che la minaccia appaia seria. È quindi sufficiente che la minaccia sia oggettivamente in grado di esercitare una certa pressione psicologica sulla vittima e di minare il suo senso di sicurezza. Questi requisiti sono soddisfatti nel caso in esame, soprattutto perché la vittima ha ritenuto possibile un'aggressione (consid. 2b, 5a). Non si tratta di un caso poco grave di minaccia ai sensi dell'art. 71 cpv. 2 CPM, soprattutto perché la minaccia di danno era grave e l'imputato ha gravemente misconosciuto la propria responsabilità di diretto superiore gerarchico (consid. 6c).</p>
<p><b>MKGE 15 Nr. 4</b> (930 v. 9.9.2022)</p>	<p><b>Art. 117 Abs. 3 Bst. c, 151 Abs. 1 und 3 MStP; Voraussetzungen einer Kostenaufgabe trotz Freispruch; Entschädigung des erbetenen Verteidigers bei Kostenaufgabe (Rekurs)</b></p> <p>Voraussetzungen einer Kostenaufgabe trotz Freispruch (E. 2c/d). Aus der Urteilsbegründung geht hervor, dass der Lebenssachverhalt, der als Drohung zur Anklage gebracht wurde, Gegenstand der Verurteilungen wegen Wachtvergehens und Nichtbefolgung von Dienstvorschriften ist. Damit waren die Untersuchungshandlungen auch für diese Verurteilungen erforderlich, zumal sich eine Untersuchungshandlung kaum je auf nur ein einziges Tatbestandselement bezieht. Dem Gericht ist diesbezüglich ein gewisses Ermessen zuzugestehen (E. 2e). Vorliegend verbietet sich eine bloss teilweise Kostenaufgabe. Entsprechend ist für die Aufwendungen des erbetenen Verteidigers auch keine Entschädigung zuzusprechen, da die Entschädigungsfrage den gleichen Regeln folgt wie der Kostenentscheid (E. 3d).</p>



	<p><b>Art. 117 al. 3 let. c, 151 al. 1 e 3 PPM ; conditions pour mettre les frais à la charge du prévenu acquitté ; indemnisation du défendeur de choix en pareilles circonstances (recours)</b></p> <p>Conditions pour mettre les frais à la charge du prévenu acquitté (consid. 2c/d). Il ressort de la motivation du jugement que l'état de fait ayant donné lieu à une mise en accusation sous le chef de prévention de menaces fait l'objet de condamnations pour délit de garde et non-respect des prescriptions de service. Les actes d'instruction étaient donc également nécessaires pour ces condamnations, d'autant plus qu'il est rare qu'un acte d'instruction ne porte que sur un seul élément constitutif de l'infraction. Le tribunal doit disposer d'un certain pouvoir d'appréciation à cet égard (consid. 2e). Dans le cas présent, une mise à la charge seulement partielle des frais n'est pas admissible. En conséquence, aucune indemnité ne doit être accordée pour les frais du défendeur de choix, car la question de l'indemnisation suit les mêmes règles que la décision sur les frais (consid. 3d).</p> <p><b>Art. 117 cpv. 3 lett. c, 151 cpv. 1 e 3 PPM; requisiti la messa a carico delle spese nonostante l'assoluzione; risarcimento del difensore di fiducia in tali casi (ricorso)</b></p> <p>Requisiti per la messa a carico delle spese nonostante l'assoluzione (consid. 2c/d). Dalla motivazione della sentenza emerge come i fatti alla base dell'accusa di minaccia abbiano portato a delle condanne per reati di guardia e inosservanza delle disposizioni di servizio. Gli atti di indagine esperiti si sono quindi rivelati necessari anche per queste condanne, fermo restando che è estremamente raro che un atto istruttorio porti su di un unico elemento costitutivo della fattispecie penale. Al tribunale deve essere concesso un certo margine di discrezionalità in questo ambito (consid. 2e). Una messa a carico parziale delle spese è in casu esclusa. Di conseguenza, le spese del difensore di fiducia non devono essere rimborsate, la questione del risarcimento seguendo le stesse regole della decisione sulle spese (consid. 3d).</p>
<p><b>MKGE 15 Nr. 5</b> (931 v. 25.11.2022)</p>	<p><b>Art. 94 cpv. 1 e 17 cpv. 1 CPM; bene giuridico protetto del reato di servizio straniero e interpretazione della nozione di «esercito straniero»; stato di necessità esimente (ricorso per cassazione)</b></p> <p>Il reato di servizio straniero secondo l'art. 94 cpv. 1 CPM costituisce un reato di messa in pericolo astratto e tutela in particolare la forza difensiva del Paese in ambito militare e civile, i buoni rapporti della Confederazione svizzera verso gli altri Stati e la politica svizzera in materia di neutralità (consid. 2.2.1; 2.3.1.1). Decisivo per l'esistenza di un «esercito straniero» (secondo il testo di legge italiano e francese) è il fatto che al suo interno si sia sottoposti al potere del comando straniero. Nell'esaminare se un servizio prestato in un Paese straniero debba essere considerato come servizio militare, non ci si può concentrare solo sul fatto che il servizio in</p>



questione sia considerato siccome servizio militare in Svizzera, né solo sul fatto che il servizio di cui si tratta, sia a sua volta ritenuto servizio militare all'estero (consid. 2.2.2). Per «esercito straniero» si intende qualsiasi formazione armata di combattimento con obiettivo militare i cui membri sono sottoposti all'autorità di un comando straniero, indipendentemente dal fatto che si tratti di una forza armata statale regolare o no. Tale forza armata straniera, inoltre, deve combattere per uno scopo specifico e in un'area specifica (consid. 2.3.2.2). Presupposti dello stato di necessità esimente ai sensi dell'art. 17 cpv. 1 CPM (negati nel caso concreto; consid. 3.2).

**Art. 94 Abs. 1, 17 Abs. 1 MStG; geschütztes Rechtsgut und Auslegung des «fremden Militärdienstes»; rechtfertigender Notstand (Kassationsbeschwerde)**

Der Tatbestand des Fremden Militärdienstes nach Art. 94 Abs. 1 MStG stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar und schützt insbesondere die militärische wie zivile Landesverteidigung, die Aussenbeziehungen der Eidgenossenschaft und deren Neutralitätspolitik (E. 2.2.1; 2.3.1.1). Fremd ist der Militärdienst, wenn die dienstleistende Person einem ausländischen Kommando unterworfen ist. Bei der Prüfung der Frage, ob der Dienst im Ausland als Militärdienst anzusehen ist, darf weder allein darauf abgestellt werden, ob der betreffende Dienst in der Schweiz als Militärdienst angesehen wird, noch allein darauf, ob er im Ausland als solcher gilt (E. 2.2.2). Als fremde Armee bzw. fremdes Heer (gemäss dem französischen bzw. italienischen Gesetzeswortlaut) ist jede bewaffnete Kampfformation mit militärischer Zielsetzung zu verstehen, deren Angehörige in einem bestimmten Gebiet für einen bestimmten Zweck kämpfen und der Befehlsgewalt eines ausländischen Kommandos unterstellt sind, ungeachtet dessen, ob es sich um staatliche oder nichtstaatliche Streitkräfte handelt (E. 2.3.2.2). Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands nach Art. 17 Abs. 1 MStG (im konkreten Fall verneint; E. 3.2).

**Art. 94 al. 1, 17 al. 1 CPM ; bien juridiquement protégé et interprétation du «service militaire étranger» ; état de nécessité licite (pourvoi en cassation)**

L'infraction de service militaire étranger au sens de l'art. 94 al. 1 CPM constitue un délit de mise en danger abstraite, qui protège en particulier la défense nationale militaire et civile, les relations extérieures de la Confédération ainsi que sa politique de neutralité (consid. 2.2.1 ; 2.3.1.1). Le service militaire est étranger lorsque la personne qui fait du service est soumise à un commandement étranger. Pour déterminer si le service à l'étranger doit être considéré comme un service militaire, il ne faut pas se baser uniquement sur le fait que le service en question soit considéré comme un service militaire en Suisse, ni uniquement sur le fait qu'il soit considéré comme tel à l'étranger (consid. 2.2.2). Constitue une armée étrangère, telle qu'évoquée dans la définition de l'infraction en français et en italien, toute formation de combat armée à vocation militaire, dont les membres combattent dans un but et



	<p>dans une région déterminés et sont placés sous l'autorité d'un commandement étranger, qu'il s'agisse de forces armées gouvernementales ou non gouvernementales (consid. 2.3.2.2). Conditions de l'état de nécessité licite au sens de l'art. 17 al. 1 CPM (non réalisé en l'espèce ; consid. 3.2).</p>
<p><b>MKGE 15 Nr. 6</b> (932 v. 17.3.2023)</p>	<p><b>Art. 129, 130 CPM ; appropriation illégitime ; abus de confiance (pourvoi en cassation)</b></p> <p>Le militaire qui s'approprie de la munition à l'issue d'un exercice de tir réalise en principe les éléments constitutifs objectifs de l'abus de confiance (consid. 2.2.1). Il ne peut cependant être condamné à raison de cette infraction en l'absence de tout dessein d'enrichissement. La dangerosité de la munition exclut de retenir le cas de peu de gravité prévu à l'art. 129 ch. 3 CPM (consid. 2.2.2).</p> <p><b>Art. 129, 130 MStG; unrechtmässige Aneignung; Veruntreuung (Kassationsbeschwerde)</b></p> <p>Der Angehörige der Armee, der sich nach einer Schiessübung Munition aneignet, erfüllt grundsätzlich die objektiven Tatbestandsmerkmale der Veruntreuung (E. 2.2.1). Er kann jedoch nicht wegen dieses Vergehens verurteilt werden, wenn keine Bereicherungsabsicht vorliegt. Die Gefährlichkeit der Munition schliesst die Annahme eines leichten Falles gemäss Art. 129 Ziff. 3 MStG aus (E. 2.2.2).</p> <p><b>Art. 129, 130 CPM; appropriazione semplice; appropriazione indebita (ricorso per cassazione)</b></p> <p>Il militare che si appropria di munizioni al termine di un esercizio di tiro realizza, di principio, gli elementi oggettivi costitutivi del reato di appropriazione indebita (consid. 2.2.1). Tuttavia, in assenza d'intenzione di realizzare un indebito profitto, non può essere condannato per questo reato. La pericolosità delle munizioni impedisce di ritenere il reato poco grave ai sensi dell'art. 129 cifra 3 CPM (consid. 2.2.2).</p>
<p><b>MKGE 15 Nr. 7</b> (933 v. 23.6.2023)</p>	<p><b>Art. 13 Abs. 1 und 2, 35 Abs. 1, 49 Abs. 2, 153 Abs. 1 MStG; Art. 84k Abs. 2 Bst. b, 185 Abs. 1 Bst. d, 195 Bst. c, 196 Abs. 2 MStP; Art. 135 MG; nachträgliche Einwilligung zur sexuellen Nötigung; Ausschluss aus der Armee; Degradation; Legitimation zur Zivilklage im Militärstrafprozess; Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes; Haftung für Schaden infolge dienstlicher Tätigkeit (Kassationsbeschwerde)</b></p> <p>Die vorinstanzliche Beweiswürdigung, dass der auf der Privatklägerin liegende Angeklagte aus ihrer Resignation nicht auf ein nachträgliches Einverständnis mit den entsprechenden sexuellen Handlungen habe schliessen können, ist nicht willkürlich (E. 3b und c).</p> <p>Der Tatbestand der sexuellen Nötigung ist auch dann erfüllt, wenn das Opfer unter dem Druck des anfänglich ausgeübten Zwangs von vornherein auf Widerstand verzichtet oder diesen nach anfänglicher Gegenwehr aufgibt (E. 4a).</p>



Der Ausschluss aus der Armee setzt eine weitergehende Unwürdigkeit als die Degradation voraus. Im Anwendungsbereich von Art. 49 Abs. 2 MStG ist der Ausschluss anzuordnen, wenn der Angeklagte für die Armee objektiv nicht mehr tragbar ist. Vorliegend ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen ihres Ermessens auf einen Ausschluss des Angeklagten aus der Armee verzichtet hat, zumal ein solcher vom Auditor nicht beantragt wurde (E. 5c).

Bei der Prüfung einer Degradation ist entscheidend, ob aus der verübten Tat hervorgeht, dass dem Täter die charakterliche Integrität fehlt, die er als Offizier haben muss, und ob ihm das notwendige Vertrauen von seinen Vorgesetzten und Untergebenen noch entgegengebracht werden kann (E. 5d und e).

Die ausschliessliche Haftung des Bundes nach Art. 135 MG umfasst Schädigungen durch Angehörige der Armee in Ausübung einer dienstlichen Tätigkeit. Begeht ein Angehöriger der Armee eine schädigende Handlung bei Gelegenheit einer dienstlichen Tätigkeit, haftet er für den Schaden persönlich. Vorliegend fehlt ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Tat und dem Militärdienst. Die Privatklägerin war deshalb legitimiert, ihre Genugtuungsforderung als Zivilklägerin im Militärstrafverfahren geltend zu machen (E. 6c und d).

Der Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP betrifft die Auslegung und Anwendung des materiellen Strafrechts. Dazu gehören die Normen des MStG sowie diejenigen des StGB und des Nebenstrafrechts, nicht jedoch das Militärgesetz (E. 6d).

Der Oberauditor ist nicht legitimiert, an Stelle der Privatklägerin Rekurs gegen den Entscheid über deren zivilrechtlichen Ansprüche zu erheben (E. 6e).

**Art. 13 al. 1 et 3, 35 al. 1, 49 al. 2, 153 al. 1 CPM ; art. 84k al. 2 lett. b, 185 al. 1 lett. d, 195 lett. c, 196 al. 2 PPM ; art. 135 LAAM ; consentement au cours d'une contrainte sexuelle ; exclusion de l'armée ; dégradation ; qualité pour exercer l'action civile dans la procédure pénale militaire ; motif de cassation tiré de la violation de la loi pénale ; responsabilité pour un dommage causé par une activité de service (poursuite en cassation)**

L'appréciation des preuves de l'autorité précédente, au terme de laquelle l'accusé – qui se trouvait sur la partie plaignante – ne pouvait pas déduire de sa résignation un consentement aux actes sexuels commis, n'est pas arbitraire (consid. 3b et c).

Les éléments constitutifs de l'infraction de contrainte sexuelle sont aussi réalisés lorsque la victime, sous la pression de la contrainte exercée au départ, renonce d'emblée à résister ou abandonne cette résistance après l'avoir tout d'abord opposée (consid. 4a).

L'exclusion de l'armée suppose une indignité plus profonde que celle exigée pour une dégradation. Dans le champ d'application de l'art. 49 al. 2 CPM, l'exclusion doit être prononcée lorsque le maintien de l'accusé dans l'armée n'est objectivement plus supportable. En l'espèce, il n'y a rien à redire au fait que l'autorité précédente ait renoncé, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, à exclure l'accusé



de l'armée, d'autant plus qu'une telle exclusion n'a pas été demandée par l'auditeur (consid. 5c).

Lors de l'examen d'une dégradation, il est décisif de savoir s'il ressort de l'acte commis que l'auteur manque de l'intégrité dont il devrait faire preuve en sa qualité d'officier, et si la confiance nécessaire peut encore lui être accordée par ses supérieurs et ses subordonnés (consid. 5d et e).

La responsabilité exclusive de la Confédération selon l'art. 135 LAAM couvre les dommages causés par des militaires dans l'exercice d'une activité de service. Si un militaire commet un acte dommageable simplement à l'occasion d'une activité de service, il est personnellement responsable du dommage. Dans le cas présent, il n'y a pas de lien fonctionnel entre l'acte et le service militaire. La partie plaignante avait donc la qualité pour faire valoir sa demande de réparation en tant que partie civile dans la procédure pénale militaire (consid. 6c et d).

Le motif de cassation tiré de la violation de la loi pénale, selon l'art. 185 al. 1 lett. d PPM, concerne l'interprétation et l'application du droit pénal matériel. Entrent en compte les normes du CPM ainsi que celles du CP et du droit pénal accessoire, mais pas celles de la LAAM (consid. 6d).

L'auditeur en chef n'a pas la qualité pour recourir, à la place de la partie plaignante, contre la décision sur ses prétentions civiles (consid. 6e).

**Art. 13 cpv. 1 e 2, 35 cpv. 1, 49 cpv. 2, 153 cpv. 1 CPM; art. 84k cpv. 2 lett. b, 185 cpv. 1 lett. d, 195 lett. c, 196 cpv. 2 PPM; art. 135 LM; consenso successivo alla coazione sessuale; esclusione dall'esercito; degradazione; legittimazione a promuovere un'azione civile nel processo penale militare; motivo di cassazione della violazione della legge penale; responsabilità per danni derivanti da attività di servizio (ricorso per cassazione)**

La valutazione delle prove da parte dell'autorità inferiore, secondo cui l'imputato, che si trovava sopra l'accusatrice privata, non poteva dedurre dal suo atteggiamento di rassegnazione un consenso successivo agli atti sessuali corrispondenti, non è arbitraria (consid. 3b e c).

Il reato di coazione sessuale è consumato anche quando la vittima, sotto la pressione della costrizione iniziale, rinuncia fin dall'inizio a opporre resistenza o la abbandona dopo una resistenza iniziale (consid. 4a).

L'esclusione dall'esercito richiede un'indegnità maggiore rispetto alla degradazione. Nell'ambito di applicazione dell'art. 49 cpv. 2 CPM, l'esclusione deve essere ordinata quando l'imputato non è più oggettivamente tollerabile per l'esercito. Nel caso concreto, non presta il fianco a critica la decisione del tribunale inferiore con cui ha rinunciato a escludere l'imputato dall'esercito, tanto più che tale misura non è stata proposta dall'uditore (consid. 5c).

Nell'esaminare una degradazione, è decisivo se dal reato commesso risulta che all'autore manca l'integrità caratteriale che deve avere come ufficiale e se egli può ancora godere della fiducia necessaria da parte dei suoi superiori e subordinati (consid. 5d e e).



	<p>La responsabilità esclusiva della Confederazione secondo l'art. 135 LM comprende i danni causati da militari nell'esercizio di un'attività di servizio. Se un membro dell'esercito commette un atto dannoso in occasione di un'attività di servizio, è personalmente responsabile del danno. Nel caso concreto, manca un nesso funzionale tra il reato e il servizio militare. L'accusatrice privata era quindi legittimata a far valere la sua indennità di torto morale come parte civile nel processo penale militare (consid. 6c e d).</p> <p>Il motivo di cassazione della violazione della legge penale secondo l'art. 185 cpv. 1 lett. d PPM riguarda l'interpretazione e l'applicazione del diritto penale sostanziale. Ciò include le norme del CPM e quelle del CPS e del diritto penale accessorio, ma non la legge militare (consid. 6d).</p> <p>L'uditore in capo non è legittimato a presentare ricorso al posto dell'accusatrice privata contro la decisione sulle di lei pretese civili (consid. 6e).</p>
<p><b>MKGE 15 Nr. 8</b> (934 v. 15.9.2023)</p>	<p><b>Art. 185 cpv. 1 lett. c, 155 PPM; 185 cpv. 1 lett. d PPM, art. 34a, 40 cpv. 1 e 43 cpv. CPM; disposizioni essenziali di procedura; obbligo di motivazione della sentenza contumaciale; violazione dei principi che reggono l'inasprimento della pena (ricorso per cassazione)</b></p> <p>Se durante la procedura preliminare l'accusato ha potuto esprimersi sufficientemente sui fatti che gli sono contestati e il suo difensore d'ufficio a acconsentito alla tenuta dei dibattimenti nonostante l'assenza dell'accusato, al patrocinatore non può essere rimproverato di aver violato i diritti del proprio cliente ad una difesa efficace (consid. 2.2). La motivazione della decisione, seppur succinta, è stata ritenuta sufficiente dal momento che le parti sono state messe nella condizione di rendersi conto della portata del giudizio e delle eventuali possibilità di impugnazione (consid. 2.3). La pronuncia di una pena unica in applicazione del principio dell'inasprimento della pena di cui all'art. 43 cpv. 1 CPM, in combinazione con l'art. 40 cpv. 1 CPM, è possibile solo se nel caso concreto le pene prospettate per sanzionare i singoli reati sono dello stesso genere. La pronuncia di una pena detentiva unica per i titoli di reato di omissione del servizio e di inosservanza di prescrizioni di servizio è contraria alla legge, dovendosi in tempo di pace comminare una pena pecuniaria (consid. 3).</p> <p><b>Art. 185 Abs. 1 lit. c, 155 MStP; 185 Abs. 1 Bst. d MStP, Art. 34a, 40 Abs. 1 und 43 Abs. 1 MStG; wesentliche Verfahrensvorschriften; Begründungspflicht für das Abwesenheitsurteil; Verletzung der Grundsätze der Strafzumessung (Anwendung des Asperationsprinzips) (Kassationsbeschwerde)</b></p> <p>Konnte sich der Angeklagte im Vorverfahren hinreichend zu dem ihm zur Last gelegten Sachverhalt äussern und hat sein amtlicher Verteidiger der Durchführung der Hauptverhandlung trotz Abwesenheit des Angeklagten zugestimmt, so kann dem Verteidiger nicht vorgeworfen werden, die Rechte seines Mandanten auf eine wirksame Verteidigung verletzt zu haben (E. 2.2). Die Begründung des Abwesenheitsur-</p>



	<p>teils war hinreichend, da die Parteien auf die Tragweite des Urteils und die möglichen Rechtsmittel hingewiesen wurden (E. 2.3). Eine Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 43 Abs. 1 i.V.m. 40 Abs. 1 MStG ist nur möglich, wenn im konkreten Fall die zur Ahndung der einzelnen Straftaten vorgesehenen Strafen gleicher Art sind. Die Verhängung einer einzigen Freiheitsstrafe für die Delikte der Militärdienstversäumnis und der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften ist rechtswidrig, da in Friedenszeiten eine Geldstrafe zu verhängen ist (E. 3).</p> <p><b>Art. 185 al. 1 let. c, 155 PPM ; art. 185 al. 1 let. d PPM ; art. 34a, 40 al. 1 et 43 al. 1 CPM ; dispositions essentielles de la procédure ; devoir de motiver en matière de jugement par défaut ; violation des principes de fixation de la peine (application du principe de l'aggravation) (pourvoi en cassation)</b></p> <p>Si le prévenu a suffisamment pu s'exprimer sur les faits qui lui sont reprochés durant la procédure préliminaire, il ne peut être fait grief au défenseur d'office qui consent à la tenue des débats principaux malgré l'absence de son client d'avoir violé son droit à une défense efficace (consid. 2.2). La motivation du jugement par défaut est suffisante lorsque les parties sont informées de la portée du jugement et des moyens de droit à leur disposition (consid. 2.3). Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation au sens de l'art. 43 al 1 CPM en lien avec l'art. 40 al. 1 CPM n'est possible que si, dans un cas concret, les peines encourues pour les différentes infractions sont de même genre. Le prononcé d'une seule et même peine privative de liberté pour les infractions d'insoumission et de violation des prescriptions de service est contraire au droit, dès lors qu'en temps de paix, cette dernière n'est passible que d'une peine pécuniaire (consid. 3).</p>
<p><b>MKGE 15 Nr. 9</b> (935 v. 20.12.2023)</p>	<p><b>Art. 41, 42 und 42a MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. c und d, 186 Abs. 1<sup>bis</sup> und 187 Abs. 1 MStP; Strafzumessung; Strafmilderung; Legitimation des Privatklägers; Anforderungen an die Beschwerdebegründung; Kassationsgründe der Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften und der Verletzung des Strafgesetzes (Kassationsbeschwerde)</b></p> <p>Der Privatkläger zeigt nicht auf und es ist nicht ersichtlich, dass das vorinstanzliche Urteil sich auf die Beurteilung seiner zivilrechtlichen Ansprüche auswirken kann (E. 1.2). Es gilt das qualifizierte Rügeprinzip. Der Beschwerdeführer muss unter Hinweis auf den geltend gemachten Kassationsgrund genau darlegen, welche Bestimmungen er als verletzt erachtet und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Genügt eine Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht, ist auf diese nicht einzutreten (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2.1). Es besteht kein Anspruch auf Beurteilung einer Rechtsfrage, die sich nicht auf das Ergebnis des Verfahrens auswirkt (E. 2.2). Strafmilderungsgründe mindern das Verschulden und sind daher im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen (E. 3.2.1). Es liegt im pflichtgemässen Ermessen des Sachgerichts, ob und in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren</p>



berücksichtigt. Das MKG greift nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafraum über- oder unterschritten hat, von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte entweder ausser Acht gelassen oder in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (Bestätigung der Rechtsprechung, E. 3.4). Im Rahmen seiner Begründungspflicht hat der Beschwerdeführer aufzuzeigen, inwiefern diese Kriterien erfüllt sind (E. 3.5).

**Art. 41, 42 et 42a CPM ; art. 185 al. 1 let. c et d, 186 al. 1<sup>bis</sup> et 187 al. 1 PPM ; fixation de la peine ; atténuation de la peine ; qualité pour recourir de la partie plaignante ; exigences concernant la motivation du recours ; motifs de cassation liés à la violation de dispositions essentielles de la procédure et à la violation de la loi pénale (pourvoi en cassation)**

La partie plaignante ne démontre pas et il n'apparaît pas que le jugement de l'autorité précédente pourrait avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles (consid. 1.2). Le principe d'allégation qualifiée s'applique. Le recourant doit exposer précisément, en se référant au motif de cassation invoqué, quelles sont les dispositions qu'il considère comme ayant été violées et en quoi le jugement attaqué serait constitutif de cette violation. Si un recours ne satisfait pas aux exigences de motivation, il n'y a pas lieu d'entrer en matière (confirmation de la jurisprudence ; consid. 2.1). Il n'existe pas de droit à faire trancher une question juridique qui n'a pas d'incidence sur l'issue de la procédure (consid. 2.2). Les motifs d'atténuation de la peine réduisent la culpabilité et doivent donc être pris en compte dans le cadre de la fixation de la peine (consid. 3.2.1). Il appartient au juge du fond de déterminer si et dans quelle mesure les différents critères de fixation de la peine doivent être considérés. Le TMC n'intervient dans la fixation de la peine que si l'autorité précédente a fixé une peine au-dessus ou au-dessous du cadre légal, si elle s'est fondée sur des critères juridiquement non pertinents, si des éléments d'appréciation importants ont été ignorés ou s'ils ont été mal appréciés en raison d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation (confirmation de la jurisprudence ; consid. 3.4). En lien avec son devoir de motivation, le recourant doit démontrer en quoi ces critères sont remplis (consid. 3.5).

**Art. 41, 42 e 42a CPM; art. 185 cpv. 1 lett. c e d, 186 cpv. 1bis e 187 cpv. 1 PPM; commisurazione della pena; attenuazione della pena; legittimazione dell'accusatore privato; requisiti per la motivazione del ricorso; motivi di cassazione per violazione di norme procedurali essenziali e per violazione della legge penale (ricorso per cassazione)**

L'accusatore privato non dimostra (e ciò non è nemmeno evidente in concreto) che la sentenza del tribunale inferiore possa influenzare la valutazione delle sue pretese civili (consid. 1.2). Si applica il principio dell'allegazione. Il ricorrente deve indicare esattamente, facendo riferimento al motivo di cassazione invocato, quali disposizioni ritiene violate e in che modo la sentenza impugnata dovrebbe aver commesso la violazione. Se un ricorso non soddisfa i requisiti di motivazione, il



	<p>TMC non entra nel merito dello stesso (conferma della giurisprudenza; consid. 2.1). Non esiste il diritto di esaminare una questione giuridica che non influisce sull'esito del procedimento (consid. 2.2). I motivi di attenuazione della pena riducono la colpevolezza e devono quindi essere considerati nell'ambito della commisurazione della pena (consid. 3.2.1). Il tribunale di merito decide secondo il suo prudente apprezzamento se e in che misura considerare i vari fattori di commisurazione della pena. Il TMC interviene nella commisurazione della pena solo se il l'autorità inferiore ha ecceduto o infranto per difetto il limite legale, si è basata su criteri giuridicamente irrilevanti o ha trascurato o valutato erroneamente, eccedendo o abusando del suo potere di apprezzamento, aspetti essenziali (conferma della giurisprudenza, consid. 3.4). Nell'ambito del suo obbligo di motivazione, il ricorrente deve dimostrare in che modo tali criteri sono soddisfatti (consid. 3.5).</p>
--	---

Stand am 12. Dezember 2024

**Art. 36 al. 1, 122 ch. 1 CPM ; art. 128 PPM ; réquisition de preuves ; lésions corporelles simples et voies de fait ; sursis à l'exécution de la peine**

Conformément à l'art. 128 al. 2 PPM, lorsque le président refuse comme non pertinente l'administration d'une preuve, la partie intéressée doit, à l'ouverture des débats, renouveler sa réquisition. A défaut, celle-ci renonce à l'administration de cette preuve (consid. 2). Le prévenu qui assène des coups sur le tronc et à la tête d'une victime en portant ses bottes de combat ne réalise pas une infraction de peu de gravité selon l'art. 122 ch. 1 al. 2 CPM (consid. 4). Rappel des conditions pour l'octroi du sursis à l'exécution d'une peine (consid. 6).

**Art. 36 Abs. 1, 122 Ziff. 1 MStG; Art. 128 MStP; Beweisanträge; einfache Körperverletzung und Tötlichkeiten; bedingter Strafvollzug**

Gemäss Art. 128 Abs. 2 MStP muss die Partei bei Eröffnung der Hauptverhandlung ihren Beweisantrag wiederholen, wenn der Präsident die Beweiserhebung als unerheblich abgelehnt hat. Andernfalls verzichtet sie auf die Beweiserhebung (E. 2). Tritte in Kampfstiefeln gegen Rumpf und Kopf eines Opfers stellen keinen leichten Fall nach Art. 122 Ziff. 1 Abs. 2 MStG dar (E. 4). Rekapitulation der Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs (E. 6).

**Art. 36 cpv. 1, 122 cifra 1 CPM; art. 128 PPM; richiesta di prove; lesioni personali semplici e vie di fatto; sospensione condizionale della pena**

Ai sensi dell'art. 128 cpv. 2 PPM, se il presidente del tribunale rifiuta di ammettere le istanze probatorie in quanto irrilevanti, la parte deve reiterarle all'apertura dell'udienza. In caso contrario, la parte rinuncia al diritto di produrre le prove (consid. 2). Un imputato che colpisce una vittima al tronco e alla testa indossando stivali da combattimento non commette un reato meno grave ai sensi dell'art. 122 cifra 1 par. 2 CPM (consid. 4). Condizioni per la sospensione condizionale della pena (consid. 6).

## **Il résulte du dossier :**

### **B.**

Par ordonnance du 3 juin 2021, le président du Tribunal militaire d'appel 1 (ci-après : TMA) a rejeté les réquisitions de preuves de X. \_\_\_\_\_, soit l'audition, lors des débats d'appel, du sgt A. \_\_\_\_\_ et du sgt B. \_\_\_\_\_.

Au cours des débats d'appel du 18 juin 2021, X. \_\_\_\_\_ n'a pas répété les réquisitions de preuves rejetées par l'ordonnance du 3 juin 2021.

Par jugement du 18 juin 2021, le TMA a rejeté l'appel formé par X. \_\_\_\_\_ contre le jugement du 13 septembre 2019 et a intégralement confirmé celui-ci.

Le TMA a en substance retenu que, le 19 février 2018, les recr X. \_\_\_\_\_ et Y. \_\_\_\_\_ étaient ensemble dans une chambre de la caserne de Z. \_\_\_\_\_, après la fin du programme de la journée. X. \_\_\_\_\_ s'est approché de Y. \_\_\_\_\_, a tenu des propos désobligeants en lui faisant des reproches, a agrippé son t-shirt, puis l'a fait tomber au sol. Ensuite, X. \_\_\_\_\_ a asséné à Y. \_\_\_\_\_ de forts coups de pied à la tête, à la nuque et au dos, alors qu'il était chaussé de ses bottes de combat (KS, Kampfstiefel). Emmené à l'infirmerie de la caserne, Y. \_\_\_\_\_ a été examiné par un médecin. Ce dernier a constaté que Y. \_\_\_\_\_ était psychologiquement choqué mais ne présentait pas de trouble de la conscience. Il a décelé, chez Y. \_\_\_\_\_, la présence d'une plaie superficielle au niveau du cuir chevelu ainsi que des ecchymoses sur le tronc.

### **C.**

X. \_\_\_\_\_ s'est pourvu en cassation contre le jugement du 18 juin 2021.

## **Considérant :**

### **1.**

1.1 La voie de la cassation est ouverte contre les jugements rendus par les tribunaux militaires d'appel (art. 184 al. 1 let. a PPM). L'accusé dispose du droit de se pourvoir en cassation (art. 186 al. 1 PPM).

1.2 Aux termes de l'art. 185 al. 1 PPM, la cassation sera prononcée lorsque le tribunal n'était pas composé régulièrement (let. a), lorsque le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent (let. b), lorsque, 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), lorsque le jugement contient une violation de la loi pénale (let. d), lorsque le jugement n'est pas motivé suffisamment (let. e), ou lorsque des constatations de fait essentielles du jugement sont en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (let. f). L'art. 185 al. 2 PPM dispose que la cassation ne peut être prononcée pour l'un des motifs prévus aux let. a et c que si, au cours des débats, la partie a pris des conclusions à cet égard ou signalé l'irrégularité.

En l'espèce, il est malaisé, au vu de l'argumentation développée par le recourant, de saisir de quel motif de cassation ce dernier souhaite se prévaloir s'agissant de certains de ses griefs. Les explications du recourant permettent à la limite de comprendre que

celui-ci entend se plaindre d'une constatation des faits en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves au sens de l'art. 185 al. 1 let. f PPM (cf. consid. 3 infra) ainsi que d'une violation de la loi pénale au sens de l'art. 185 al. 1 let. d PPM (cf. consid. 4-6 infra).

1.3 Pour le surplus, les dispositions quant aux délais et formes du pourvoi en cassation sont respectées (art. 186 al. 2 et 3 et art. 187 al. 1 PPM).

Le pourvoi est donc recevable.

## 2.

Le recourant se plaint de violations des art. 128 PPM et 29 Cst. Il reproche à l'autorité précédente de ne pas avoir ordonné l'audition du sgt A. \_\_\_\_\_ et du sgt B. \_\_\_\_\_, dont les témoignages auraient été capitaux pour le disculper, car les deux prénommés auraient pu confirmer qu'au moment de l'altercation, le recourant ne se trouvait pas dans la chambre avec Y. \_\_\_\_\_.

2.1 A cet égard, il convient tout d'abord de constater que le recourant ne saurait valablement soulever le motif de cassation de l'art. 185 al. 1 let. c PPM, impliquant une violation des dispositions essentielles de la procédure. En effet, pour que ce motif fût recevable, il aurait fallu, conformément à l'art. 185 al. 2 PPM, que le recourant eût, au cours des débats, pris des conclusions à cet égard ou signalé l'irrégularité. Or, il ne ressort pas du dossier de la cause que le recourant aurait fait valoir, durant les débats, qu'un refus d'entendre les deux témoins en question pouvait constituer une violation des dispositions essentielles de la procédure. Le recourant ne prétend d'ailleurs aucunement, dans son pourvoi, que tel aurait été le cas.

Au vu de ce qui précède, le recourant ne peut fonder son pourvoi sur l'art. 185 al. 1 let. c PPM.

2.2 De toute manière, le recourant échouerait à démontrer l'existence d'une violation des dispositions essentielles de la procédure.

Selon l'art. 128 PPM, le président du tribunal militaire peut, de son propre chef, ordonner la citation de témoins et l'assignation d'experts ainsi que l'administration d'autres preuves (al. 1). Le président peut refuser comme non pertinentes la citation de témoins et l'assignation d'experts ainsi que l'administration de preuves. Dans ce cas, la partie intéressée peut renouveler sa réquisition à l'ouverture des débats (al. 2). Le président communique par écrit ses décisions aux parties (al. 3).

En l'espèce, durant la phase de préparation des débats du TMA, le recourant a présenté une réquisition tendant à l'audition du sgt A. \_\_\_\_\_ et du sgt B. \_\_\_\_\_. Le président du TMA a rejeté la requête par ordonnance du 3 juin 2021, conformément à l'art. 128 al. 2 et 3 PPM. Le recourant n'a pas, par la suite, renouvelé sa réquisition à l'ouverture des débats. Ainsi, au vu du texte clair de l'art. 128 al. 2 PPM, il apparaît que le recourant a renoncé, après l'ordonnance du 3 juin 2021, à l'audition des deux prénommés.

Le recourant tente de soutenir qu'une nouvelle réquisition au sens de l'art. 128 al. 2 PPM n'aurait pas été nécessaire, compte tenu du refus d'auditionner les deux personnes intéressées déjà prononcé par ordonnance du 3 juin 2021. Cette argumentation heurte frontalement l'art. 128 al. 2 PPM et le recourant n'explique pas pour quelle raison il conviendrait de s'écarter de la lettre de cette disposition. Dès lors que le recourant n'a pas répété sa réquisition au cours des débats d'appel, le TMA pouvait, sans violer le droit, s'abstenir de réexaminer cette question.

Ainsi, aucune violation de l'art. 128 PPM ne peut être identifiée en l'espèce.

### 3.

Le grief du recourant – tel que développé dans son pourvoi – peut être lu comme une contestation du résultat de l'administration des preuves au sens de l'art. 185 al. 1 let. f PPM.

Ce grief revient à se plaindre d'un établissement arbitraire des faits en même temps que d'une appréciation anticipée arbitraire des preuves requises, dès lors que le recourant reproche exclusivement à l'autorité précédente de ne pas avoir, dans ce cadre, auditionné le sgt A. \_\_\_\_\_ et le sgt B. \_\_\_\_\_.

3.1 Aux termes de l'art. 146 al. 1 PPM, le tribunal apprécie librement les preuves, d'après la conviction qu'il a acquise au cours des débats. Ce principe concerne également l'appréciation anticipée des preuves (Comm. PPM/FREI, no 25 ad art. 146).

L'art. 128 al. 2 PPM dispose notamment que le président du tribunal militaire peut refuser comme non pertinentes la citation de témoins ou l'administration de preuves.

Selon une pratique bien établie, 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. 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 (cf. ATMC 14 no 28 consid. 1e.bb ; ATMC 14 no 9 consid. 2c.bb ; arrêt TMC 924.1 et 924.2 du 17 septembre 2021 consid. 2e.bb ; ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1). L'art. 146 al. 1 PPM n'a pas une portée différente ou plus étendue dans ce domaine (Comm. PPM/FREI, nos 27 ss ad art. 146).

Tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit, pour l'intéressé, de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATMC 13 no 28 consid. 3.1 ; ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude

que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATMC 13 no 28 consid. 3.1 ; ATF 145 I 167 consid. 4.1).

3.2 Dans le jugement attaqué, l'autorité précédente a exposé que Y. \_\_\_\_\_ avait sans hésitation désigné le recourant comme étant son agresseur. Rien ne permettait de penser que le prénommé aurait pu fournir de fausses indications sur ce point. Pendant l'enquête, le sgt C. \_\_\_\_\_ et le sdt D. \_\_\_\_\_ avaient confirmé que l'altercation s'était déroulée conformément à la description qui en avait été faite par Y. \_\_\_\_\_. Tous deux avaient mis en cause le recourant. Ces déclarations concordaient avec d'autres éléments recueillis en cours d'enquête, qui pointaient en particulier l'animosité nourrie par le recourant à l'encontre de Y. \_\_\_\_\_. Le sgt E. \_\_\_\_\_, qui n'avait pas assisté aux événements, avait pour sa part rapporté avoir, peu après, entendu le recourant menacer ses camarades de chambrée pour le cas où quelqu'un le dénoncerait.

Le TMA a expliqué les raisons pour lesquelles il n'avait pas jugé crédibles les déclarations faites par F. \_\_\_\_\_. Ce dernier avait indiqué s'être trouvé en présence du recourant hors des cantonnements au moment où Y. \_\_\_\_\_ se faisait assaillir. Toutefois, le sgt G. \_\_\_\_\_ avait affirmé que F. \_\_\_\_\_ n'avait pu être présent dans les cantonnements de la caserne au moment des faits, car il lui avait été demandé de déplacer des véhicules le soir en question. En outre, il avait été établi que le recourant avait rencontré F. \_\_\_\_\_ avant son audition par le juge d'instruction, en vue d'accorder leurs déclarations.

En définitive, l'autorité précédente a fondé sa décision sur tous les éléments concordants recueillis durant l'enquête, en écartant la thèse d'un prétendu complot brandie par le recourant pour expliquer sa mise en cause par Y. \_\_\_\_\_ et plusieurs témoins.

3.3 Le recourant conteste s'en être pris à Y. \_\_\_\_\_. Il affirme qu'au moment où ce dernier subissait un assaut, il se serait lui-même trouvé à l'extérieur des cantonnements, discutant avec le sgt A. \_\_\_\_\_ et le sgt B. \_\_\_\_\_. Il reproche essentiellement à l'autorité précédente d'avoir refusé l'audition des deux prénommés.

Ce faisant, le recourant ne démontre nullement que le jugement attaqué pourrait être entaché d'arbitraire. Ses explications consistent dans de pures conjectures, impliquant un complot fomenté par certains soldats qui auraient agressé Y. \_\_\_\_\_ pour ensuite l'accuser faussement. Le recourant ne met en évidence aucun élément de preuve qui aurait pu être apprécié de manière insoutenable par l'autorité précédente. Il ne conteste pas même la crédibilité des différents témoignages excluant sa version des événements. Or, on ne voit pas en quoi il aurait été insoutenable, pour l'autorité précédente, de ne pas ajouter foi aux explications du recourant, qui ne reposent sur aucun élément probatoire et supposent que tous les témoins entendus durant l'enquête auraient menti. Le déroulement des faits proposé par le recourant aurait d'ailleurs nécessité que Y. \_\_\_\_\_ lui-même, après avoir été frappé, l'eût désigné comme son agresseur en lieu et place des véritables auteurs.

C'est sans arbitraire que le TMA a établi les faits et refusé d'auditionner le sgt A. \_\_\_\_\_ et le sgt B. \_\_\_\_\_, eu égard aux nombreuses preuves présentes au dossier qui inculpent le recourant. Le grief doit être rejeté.

#### 4.

Subsidiairement, le recourant fait grief à l'autorité précédente de l'avoir condamné sur la base de l'art. 122 ch. 1 al. 1 CPM alors que, selon lui, il aurait fallu appliquer l'art. 122 ch. 1 al. 2 CPM.

4.1 L'art. 121 CPM réprime les lésions corporelles graves.

Aux termes de l'art. 122 ch. 1 CPM, celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne une autre atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé, ou se sera livré à des voies de fait sur une personne, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). L'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité (al. 2).

La jurisprudence du Tribunal militaire de cassation retient que, 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 (Täterkomponente) qu'objectivement (Tatkomponente) (ATMC 14 no 29 consid. 3d ; ATMC 14 no 1 consid. 2.2 ; arrêt TMC 920 du 18 juin 2021 consid. 4.1).

Le Tribunal militaire de cassation revoit librement la question de droit concernant la qualification du cas de peu de gravité (ATMC 14 no 29 consid. 3d ; ATMC 11 no 69 consid. 6). Un pouvoir d'appréciation doit cependant être reconnu à l'autorité précédente dans sa qualification d'une infraction en lien avec la notion de « peu de gravité » (ATMC 14 no 29 consid. 3d).

4.2 L'autorité précédente a indiqué que le recourant avait poussé à terre Y. \_\_\_\_\_ et lui avait ensuite asséné plusieurs coups de pied sur le tronc et à la tête alors qu'il portait ses bottes de combat. En raison de ces frappes, le prénommé avait souffert d'une plaie superficielle au niveau du cuir chevelu et avait présenté des ecchymoses sur le tronc. Il avait en outre été psychologiquement choqué par cette attaque, cela durant plusieurs mois. Selon le TMA, les bottes de combat avec lesquelles le recourant avait frappé Y. \_\_\_\_\_ constituaient un objet dangereux, dès lors qu'elles étaient – compte tenu de leur rigidité – propres à causer des lésions sérieuses à la tête ou au tronc. L'autorité précédente a encore relevé que le recourant avait bien eu la volonté de frapper Y. \_\_\_\_\_, ce qu'il avait fait de manière vigoureuse et avec une « certaine ténacité » puisque le prénommé gisait alors à terre. Le recourant n'avait néanmoins manifesté, par la suite, aucun repentir, mais avait constamment rejeté la responsabilité de son assaut sur des tiers. Il a enfin été indiqué que le recourant avait eu un comportement extrêmement négatif lors de son service militaire.

4.3 En l'espèce, le recourant ne conteste pas que les éléments constitutifs des lésions corporelles simples étaient réunis, Y. \_\_\_\_\_ ayant subi une atteinte à l'intégrité corporelle ne tombant pas sous le coup de l'art. 121 CPM. Reste litigieuse la question de

savoir si l'infraction de lésions corporelles simples aurait dû être qualifiée de peu de gravité.

A cet égard, on ne voit pas dans quelle mesure l'autorité précédente aurait pu mésuser du pouvoir d'appréciation dont elle bénéficiait. Au contraire, le TMA a écarté le cas de peu de gravité en tenant compte d'éléments pertinents au regard de la jurisprudence du Tribunal militaire de cassation. On peut relever qu'objectivement, des coups portés à la tête d'une personne au moyen de bottes de combat sont dangereux. En effet, le militaire qui frappe une personne en étant chaussé de telles bottes risque de causer de sérieuses lésions, eu égard à la rigidité notoire de cet élément d'uniforme ainsi qu'à son poids, étant précisé que le poids d'une paire de bottes de combat dépasse les 2 kg (le poids d'une paire de bottes de combat est de 2,270 kg selon le règlement 51.009 f « habillement et paquetages », p. 62). D'un point de vue subjectif, le recourant ne peut pas se prévaloir d'éléments véritablement favorables, mais s'est au contraire acharné sur Y. \_\_\_\_\_ alors même que ses camarades tentaient de mettre un terme à l'altercation.

Le recourant soutient en vain qu'il aurait en réalité retenu ses coups, puisqu'il ne ressort nullement du jugement attaqué que tel aurait été le cas. Au contraire, l'autorité précédente a souligné la vigueur des frappes et le fait que le recourant avait délibérément visé la tête de Y. \_\_\_\_\_.

L'infraction ne pouvait dès lors aucunement être considérée comme de peu de gravité. C'est sans violer le droit que le TMA a sanctionné le recourant en application de l'art. 122 ch. 1 al. 1 CPM.

## 5.

Le recourant reproche à l'autorité précédente une violation des art. 34a et 41 al. 1 CPM, en critiquant tant le type que la quotité de la peine qui lui a été infligée.

5.1 Aux termes de l'art. 34a al. 1 CPM, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (let. a), ou s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée (let. b). L'al. 2 de cette disposition précise que le juge doit motiver le choix de la peine privative de liberté de manière circonstanciée.

Les critères applicables au choix de la peine sont les mêmes que ceux qui fondent la mesure de celle-ci. L'opportunité d'une sanction déterminée joue un rôle important et les décisions sur ces points exercent l'une sur l'autre une influence réciproque (ATF 147 IV 241 consid. 3.2). Le choix de la sanction doit être opéré en tenant compte notamment de la culpabilité de l'auteur, de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 147 IV 241 consid. 3.2 ; 144 IV 313 consid. 1.1.1).

Selon l'art. 41 CPM, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents, la situation personnelle et la conduite au service militaire

de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

Il appartient au tribunal du fait de déterminer comment les éléments pertinents en matière de fixation de la peine doivent être pondérés. Le Tribunal militaire de cassation n'intervient que lorsque l'autorité précédente a fixé une peine en dehors du cadre légal, si elle s'est fondée sur des critères étrangers à la loi, si des éléments d'appréciation importants n'ont pas été pris en compte, ou si la peine prononcée est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATMC 12 no 20 consid. 2 ; arrêt TMC 917 du 18 juin 2021 consid. 5.4 ; cf. aussi ATF 144 IV 313 consid. 1.2).

5.2 Dans le jugement attaqué, l'autorité précédente a exposé qu'une peine privative de liberté de trois mois se justifiait, compte tenu de la violence des coups portés par le recourant à Y. \_\_\_\_\_ avec un objet dangereux, de l'absence de regrets chez l'intéressé, qui avait persisté dans le mensonge malgré les témoignages accablants contre lui.

5.3 Il convient tout d'abord de relever que la motivation de l'autorité précédente concernant le choix de la peine répond aux réquisits de l'art. 34a al. 2 CPM. Le TMA a en effet énoncé les éléments retenus pour apprécier la culpabilité du recourant – tant sur le plan objectif que subjectif – qui sont également déterminants pour choisir le type de sanction. On comprend du jugement attaqué que, selon l'autorité précédente, une peine privative de liberté était nécessaire pour détourner le recourant d'autres crimes ou délits, ainsi que le prévoit l'art. 34a al. 1 let. a CPM.

Le recourant ne saurait donc être suivi lorsqu'il prétend que l'autorité précédente n'aurait pas suffisamment motivé le choix de la peine.

5.4 Pour le reste, le recourant reproche à l'autorité précédente un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation concernant le choix de la sanction. Il affirme qu'une peine pécuniaire aurait été davantage compatible avec le principe de la proportionnalité et propre à le détourner de la commission de nouvelles infractions.

En l'occurrence, l'appréciation opérée par le TMA n'est pas critiquable et n'excède pas le pouvoir d'appréciation important donc bénéficiait ce tribunal. Le recourant conteste en vain la violence de l'attaque, conduite sur un camarade qui gisait au sol. Même si Y. \_\_\_\_\_ n'a en définitive pas subi de lésions graves, cela découle du hasard et pas d'une prétendue retenue de la part du recourant. Ce dernier ne peut davantage être suivi lorsqu'il prétend que des bottes de combat ne constitueraient pas un objet dangereux. Comme l'a noté à bon droit l'autorité précédente, ces bottes, particulièrement rigides, rendaient les frappes du recourant dangereuses dans des zones corporelles vulnérables, dont la tête. Par ailleurs, au vu de l'attitude du recourant – qui a présenté comme mensongers les différents témoignages qui l'incriminaient et n'a aucunement regretté son acte –, l'autorité précédente était fondée à considérer qu'une peine pécuniaire ne suffirait pas à détourner l'intéressé de nouvelles infractions.

Il n'apparaît donc pas – en particulier au regard de l'importante culpabilité du recourant – que l'autorité précédente aurait violé le droit en condamnant celui-ci à une peine privative de liberté de trois mois.

## 6.

Le recourant reproche enfin à l'autorité précédente de ne pas avoir assorti la peine du sursis à l'exécution. Il dénonce à cet égard une violation de l'art. 36 CPM.

6.1 Selon 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 (ATMC 13 no 21 consid. 3.4 ; arrêt TMC 921 du 17 septembre 2021 consid. 3). 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 13 no 21 consid. 3.4 ; ATMC 13 no 18 consid. 3b ; arrêt TMC 921 du 17 septembre 2021 consid. 4a).

Le Tribunal militaire de cassation n'intervient, concernant la formulation du pronostic, 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 12 no 6 consid. 3.2c ; arrêt TMC 921 du 17 septembre 2021 consid. 4b).

6.2 L'autorité précédente a exposé que le recourant avait déployé une violence non maîtrisée, en portant des coups particulièrement vigoureux à Y.\_\_\_\_\_ avec des bottes de combats. Le prénommé avait été frappé au tronc et à la tête alors qu'il se trouvait à terre, tandis que des camarades intervenaient pour éloigner le recourant. Ce dernier avait constamment menti, en niant avoir attaqué Y.\_\_\_\_\_. Il avait en outre tenté d'influer sur les déclarations d'un témoin avant son audition. Le recourant n'avait exprimé aucun regret et affichait un manque total de remords concernant ses actes.

Le TMA a encore relevé que le recourant avait eu un comportement très négatif durant son service militaire, qu'il s'était mal intégré dans son groupe, ne s'était pas montré digne de confiance et avait fait preuve d'un manque d'engagement. L'intéressé avait fait l'objet d'une sanction disciplinaire pour des faits survenus moins de deux mois après l'altercation avec Y.\_\_\_\_\_. Les antécédents civils du recourant n'étaient pas bons non plus, puisque celui-ci avait déjà été condamné pour blanchiment d'argent.

Pour l'autorité précédente, un pronostic clairement défavorable devait être formulé quant à la conduite future du recourant et le sursis à l'exécution de la peine ne pouvait lui être accordé.

6.3 Il n'est pas contesté que les conditions objectives pour l'octroi du sursis sont réunies en l'espèce.

Pour le reste, il n'apparaît pas que l'autorité précédente aurait excédé son large pouvoir d'appréciation en posant un pronostic défavorable concernant le comportement futur du recourant. Celle-ci a pris en compte tous les éléments pertinents, qui avaient déjà motivé le choix d'une peine privative de liberté (cf. consid. 5 supra). L'argumentation développée par le recourant sur ce point tombe à faux. Tout d'abord, l'autorité précédente n'a aucunement ignoré le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*. En effet, selon une jurisprudence bien établie de l'autorité civile, le défaut de prise de conscience de la faute peut justifier un pronostic défavorable, car seul celui qui se repent de son acte mérite la confiance que l'on doit pouvoir accorder au condamné bénéficiant du sursis (cf. par exemple TF 6B\_489/2021 du 11 mars 2022 consid. 1.1). En l'occurrence, le recourant a non seulement nié les accusations portées à son encontre malgré l'ensemble des déclarations concordantes recueillies à sa charge en cours d'enquête, mais a persisté à se présenter comme la victime d'un complot sans aucunement remettre en question son propre comportement. Ensuite, le recourant tente en vain de contester la pertinence du déroulement de l'attaque sur le pronostic. Il apparaît ainsi qu'en frappant notamment à la tête Y.\_\_\_\_\_, l'intéressé était prêt à causer à ce dernier des blessures qui auraient pu être graves et dont il ne pouvait nullement exclure la survenance. Contrairement à ce que soutient le recourant, son comportement militaire et ses antécédents civils devaient également être considérés. On voit de la sorte qu'il n'était pas un bon militaire et avait des difficultés à se conformer au cadre disciplinaire lui étant imposé. En outre, même si une infraction de blanchiment d'argent n'est pas de même nature que l'attaque contre Y.\_\_\_\_\_, cela montre à tout le moins que le recourant n'est pas facilement dissuadé par la sanction pénale.

En définitive, l'appréciation globale de l'autorité précédente ne prête pas le flanc à la critique. C'est sans violer le droit que celle-ci a refusé d'accorder au recourant le bénéfice du sursis à l'exécution de la peine.

## 7.

Au vu de ce qui précède, le pourvoi en cassation, entièrement mal fondé, doit être rejeté. Les frais de la cause doivent être mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 193 cum art. 183 al. 1 PPM).

(926, 22 mars 2022, A.\_\_\_\_\_ contre le Tribunal militaire d'appel 1)

## 2

### **Art. 149 al. 1 et 2 CPM ; distinction entre menaces et menaces de peu de gravité; éléments d'appréciation du cas de peu de gravité**

Cas de figure où, nonobstant l'usage d'un couteau, qui ne saurait en soi apparaître comme anodin, les circonstances propres au cas d'espèce permettraient néanmoins de retenir un cas de peu de gravité (consid. 3).

### **Art. 149 Abs. 1 und 2 MStG; Unterscheidung zwischen Drohungen und leichten Drohungen; Elemente zur Beurteilung des leichten Falles**

Annahme eines leichten Falles aufgrund der Umstände des Einzelfalles, obwohl ein Messereinsatz bei einer Drohung an sich nicht harmlos erscheinen kann (E. 3).

### **Art. 149 cpv. 1 e 2 CPM; distinzione tra minacce e minacce di esigua gravità; fattori per ammettere un caso di esigua gravità**

Un caso in cui, nonostante l'uso di un coltello, che di per sé non può essere considerato innocuo, le circostanze del caso hanno comunque permesso di ammettere un caso di esigua gravità (consid. 3).

### **Il résultat du dossier :**

#### **B.**

Par jugement du 18 juin 2021, le Tribunal militaire d'appel 1 a rejeté l'appel interjeté par l'Auditeur Rég aud 1 à l'encontre du jugement du 8 mars 2019 du Tribunal militaire 1, qu'il a confirmé, reconnaissant à son tour le sdt A. \_\_\_\_\_ coupable de menaces de peu de gravité et le punissant disciplinairement d'une amende de 500 francs.

Les éléments suivants ressortent du jugement précité.

[...]

b) Dans la nuit du mercredi 25 au jeudi 26 octobre 2017, le sdt A. \_\_\_\_\_ et ses camarades francophones devaient prendre la garde à minuit. La période de repos qui avait

immédiatement précédé cette prise de garde avait été amputée, pour une durée qui n'a pas pu être établie avec précision, par un grand contrôle matériel préalable à l'entrée à l'école de sous-officiers. Cela a eu une influence sur les heures effectives de repos et de sommeil du sdt A. \_\_\_\_\_ et de ses camarades francophones. Contrairement à ces derniers, ou à la plupart d'entre eux, le sdt A. \_\_\_\_\_ avait effectué de la garde les deux semaines précédentes également. Le sdt A. \_\_\_\_\_ avait accumulé une fatigue particulière à ce stade précis de son ER.

Le mercredi 25 octobre 2017, aux alentours de 23h45 ou 23h50, conformément à l'habitude qu'il avait prise, le sdt X. \_\_\_\_\_ est venu réveiller le groupe francophone dans le local de garde où se trouvait le sdt A. \_\_\_\_\_. En entrant dans le local, le sdt X. \_\_\_\_\_ a allumé la lumière et secoué les lits en criant pour réveiller le groupe des francophones. Le sdt A. \_\_\_\_\_, qui dormait comme la plupart de ses camarades, a perçu cela comme une nouvelle provocation de la part du prénommé. La position du lit du sdt A. \_\_\_\_\_ dans la chambre était peut-être un facteur d'explication, mais un témoin a indiqué que l'action du sdt X. \_\_\_\_\_ lui avait semblé spécialement dirigée contre le sdt A. \_\_\_\_\_. Particulièrement remonté par l'attitude de son camarade, le sdt A. \_\_\_\_\_ a lancé son téléphone portable dans sa direction. Ce dernier a immédiatement lancé ledit téléphone en retour sur le sdt A. \_\_\_\_\_, qui s'est alors levé et est allé en direction de ses habits pour chercher le couteau de poche personnel de marque Opinel qu'il avait dans son pantalon. Le sdt A. \_\_\_\_\_ a déclaré que son intention était de faire peur au sdt X. \_\_\_\_\_, de lui faire un "électrochoc", afin qu'il comprenne qu'il devait cesser.

Sur ce, le sdt A. \_\_\_\_\_ a saisi le sdt X. \_\_\_\_\_ pour l'emmener en-dehors de la pièce, dans le couloir. Il l'a plaqué contre le mur en face de la sortie du local de garde et porté la lame de son couteau à plat sur la partie supérieure du corps du sdt X. \_\_\_\_\_, à un endroit qui n'a pas pu être déterminé plus précisément, mais pas sur le cou. A l'audience de première instance, le sdt A. \_\_\_\_\_ a spontanément avoué que, contrairement à ce qu'il avait indiqué lors de l'enquête ordinaire, il ne tenait pas son couteau avec la lame vers le bas. De son côté, le sdt X. \_\_\_\_\_ a également modifié les déclarations faites en cours d'enquête pour indiquer que le couteau ne lui avait pas été porté au cou. A aucun moment le couteau n'a touché la peau du sdt X. \_\_\_\_\_, qui a indiqué avoir eu peur sur le moment.

Des camarades, soit en tout cas S. \_\_\_\_\_ et Q. \_\_\_\_\_, se sont alors approchés. Selon les souvenirs du sdt A. \_\_\_\_\_, ils lui auraient dit de se calmer. D'après les témoignages recueillis à l'audience de première instance du 8 mars 2019, le sdt A. \_\_\_\_\_ avait relâché le sdt X. \_\_\_\_\_, sans que S. \_\_\_\_\_ ne s'interpose vraiment. Le sdt A. \_\_\_\_\_ était ensuite retourné à l'intérieur du local, avait posé son couteau sur la table et s'est recouché un instant. Les événements avaient immédiatement repris leur cours normal. Le changement de tour de garde avait eu lieu à l'heure prévue. La situation ne semblait pas avoir créé de trouble particulier, même chez le sdt X. \_\_\_\_\_, qui avait exposé avoir parlé avec son frère puis être allé dormir sans problème. Ce n'était que le lendemain seulement qu'il s'était dit que les événements méritaient d'avoir des suites pour le sdt A. \_\_\_\_\_, et qu'il est allé voir le cdt de garde dans ce but.

**Considérant :****3.**

Invoquant une violation de la loi pénale, l'Auditeur soutient que le Tribunal militaire d'appel 1 aurait dû retenir un cas de menaces au sens de l'art. 149 al. 1 CPM et non un cas de menaces de peu de gravité au sens de l'art. 149 al. 2 CPM. Il lui reproche à cet égard d'avoir écarté, à tort, le témoignage du sgt N. \_\_\_\_\_, en faisant valoir qu'en retenant ce témoignage, il aurait dû être tenu pour établi que le sdt X. \_\_\_\_\_ avait bien pour mission de réveiller le groupe romand afin qu'il prenne son tour de garde.

3.1 Le Tribunal militaire de cassation n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits peuvent être rediscutés librement. Il est lié par les constatations de fait de la décision entreprise. En appliquant l'art. 185 al. 1 lit. f PPM, le Tribunal militaire de cassation n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle du Tribunal militaire d'appel. Il n'est pas un juge du fait et ne contrôle effectivement que sous l'angle de l'arbitraire la façon dont l'autorité inférieure a exercé son pouvoir d'appréciation (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 (ATMC 14 n° 28 consid. 3c; cf. aussi ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2; 146 IV 88 consid. 1.3.1; 145 IV 154 consid. 1.1; 143 IV 241 consid. 2.3.1). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas 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 conclusions insoutenables (cf. ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1; 143 IV 500 consid. 1.1). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (cf. ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2; 146 IV 88 consid. 1.3.1; 145 IV 154 consid. 1.1).

En l'espèce, le Tribunal militaire d'appel 1 a relevé que le témoignage du sgt N. \_\_\_\_\_, ressortant d'un rapport écrit figurant au dossier de l'enquête ordinaire et évoqué à l'audience du 8 mars 2019, apparaissait de manière générale sujet à caution, compte tenu du fait que ce dernier n'avait pas pu assister à la scène de l'endroit où il se trouvait. Son récit des événements – détaillé mais différent de celui de tous les autres témoins – n'apparaissait globalement pas crédible. Selon les juges précédents, il ne semblait pas résulter des témoignages recueillis à l'audience du 8 mars 2019 que quiconque ait été conscient d'une désignation du sdt X. \_\_\_\_\_ en qualité d'ordonnance de réveil, ni du fait que les Romands auraient eu tendance à être en retard pour le changement de tour de garde. Pour ces motifs, le Tribunal militaire d'appel 1 a donc écarté le témoignage en question et retenu la version du sdt A. \_\_\_\_\_. Or, sans démontrer nullement en quoi l'appréciation des juges précédents serait insoutenable sur ce point, l'Auditeur se borne en réalité à exposer sa propre appréciation de la pertinence du témoignage précité. Sur ce point, ses critiques se révèlent par conséquent appellatoires et, partant, irrecevables.

3.2 Aux termes de l'art. 149 al. 1 CPM, celui qui, par une menace grave, aura alarmé ou effrayé une personne, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou

d'une peine pécuniaire (al. 1). L'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité (al. 2).

3.2.1 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; Flachsmann/Fluri/Isenring/Philippin/Röthlisberger, Disziplinarstrafordnung, 6e éd. 2022, p. 16, n° 42). 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 (Flachsmann/Fluri/Isenring/Philippin/Röthlisberger, op. cit., p. 16, n° 43).

3.2.2 En l'espèce, le Tribunal militaire d'appel a tout d'abord relevé que l'acte du sdt A. \_\_\_\_\_ consistant à placer la lame d'un petit couteau de poche par-dessus les habits du sdt X. \_\_\_\_\_, sur la partie supérieure du corps, n'était certainement pas anodin et ne pouvait en soi pas être considéré comme de peu de gravité du point de vue objectif.

Appréciant ensuite les faits sous l'angle subjectif, les juges précédents ont notamment rappelé qu'ils avaient acquis la conviction, à l'instar des premiers juges, que l'attitude du sdt X. \_\_\_\_\_ était plus particulièrement dirigée contre le sdt A. \_\_\_\_\_. Même si ce dernier n'était pas le seul à en avoir fait les frais, il apparaissait, sur la base des faits établis, que le sdt A. \_\_\_\_\_ était la cible privilégiée des comportements brutaux du sdt X. \_\_\_\_\_. Aux dires des juges précédents, cette situation avait pesé dans la réaction excédée du sdt A. \_\_\_\_\_. En outre, au moment des faits, ce dernier sortait d'une période de garde plus longue que celle de ses camarades, durant laquelle il était affecté à l'horaire le plus pénible (0000-0600 et 1200-1800). La période de repos qui avait immédiatement précédé les faits avait de surcroît partiellement amputée du temps d'un grand contrôle matériel préalable à l'entrée à l'école de sous-officiers. Même s'il ne l'avait peut-être pas perçu lui-même, son état de fatigue avait certainement affecté ses réactions normales. Ses qualifications le décrivaient par ailleurs comme un bon camarade prompt à aider les autres, ce que corroboraient les témoins entendus, ceux-ci confirmant en outre que le sdt X. \_\_\_\_\_ s'était volontairement montré provocateur en particulier à son égard. Ces éléments semblaient avoir poussé à bout le sdt A. \_\_\_\_\_ et l'avoir placé dans une situation où son caractère pouvait être altéré par le programme qui lui avait été imposé. Toujours selon les juges précédents, le prénommé n'avait clairement pas eu d'autre objectif que de donner un sérieux avertissement au sdt X. \_\_\_\_\_. La peur qu'avait pu éprouver ce dernier était demeurée limitée et très passagère, dès lors qu'il avait lui-même indiqué qu'il s'était endormi sans problème peu après les faits, après avoir parlé avec son frère. L'épisode entier était demeuré extrêmement court et le sdt A. \_\_\_\_\_ avait spontanément relâché la pression exercée sur le sdt X. \_\_\_\_\_. A cela s'ajoutait encore le fait, quoique jugé non décisif, que la marche du service n'avait pas le moins du monde été perturbée par les événements.

Après avoir ainsi examiné l'ensemble des éléments pertinents, le Tribunal militaire d'appel 1 est parvenu à la conclusion que l'usage du couteau imputé au sdt A. \_\_\_\_\_, en soi d'une certaine gravité objectives, était compensé par les provocations dont le pré-nommé avait spécialement été l'objet de la part du sdt X. \_\_\_\_\_. Il était également compensé par le fait que ce dernier n'avait pas réellement été alarmé ou effrayé, sa peur étant demeurée très limitée, sachant qu'il avait pu se coucher et s'endormir sans difficulté. Ce n'était que le lendemain qu'il avait estimé que les faits ne devaient pas en rester là et qu'il devait y avoir des suites à l'encontre du sdt A. \_\_\_\_\_. De plus, les juges précédents ont retenu que l'état de fatigue avancé de celui-ci, lié à emploi du temps particulier qui avait été le sien pendant les semaines qui avaient précédé les faits, expliquait un comportement s'écartant du caractère normal du sdt A. \_\_\_\_\_, dont les états de services étaient par ailleurs globalement bons. Par conséquent, à titre exceptionnel et en tenant compte de l'ensemble des circonstances retenues, le Tribunal militaire d'appel 1 a finalement admis l'existence d'un cas de peu de gravité, en sorte de l'acquitter pénalement du chef d'accusation de menaces (art. 149 al. 1 CPM), mais de le condamner disciplinairement à ce titre (art. 149 al. 2 CPM).

3.2.3 Comme relevé (cf. supra consid. 3.1), les critiques que l'Auditeur formule à l'égard de la motivation précitée s'avèrent largement appellatoires et, partant irrecevables, en ce qu'il se réfère au témoignage du sgt N. \_\_\_\_\_ pour faire valoir que le sdt X. \_\_\_\_\_ avait pour mission de réveiller le service de garde. Au demeurant, s'il doit être parfaitement clair que l'usage d'un couteau comme dans le cas d'espèce ne saurait être considéré comme anodin ni être banalisé en aucune façon, il n'apparaît pas, contrairement à ce que soutient l'Auditeur, que les juges précédents auraient minimisé ce point. Il n'apparaît pas non plus qu'ils auraient apprécié de façon inadéquate les faits dans leur dimension subjective, tant qu'il est vrai qu'ils en sont soigneusement, de façon claire et convaincante, établis les différents aspects, qu'il s'agisse notamment du fait que le sdt A. \_\_\_\_\_ était la cible privilégiée des comportements brutaux du sdt X. \_\_\_\_\_, ou encore du fait que cette situation répétée ait pesé dans la réaction excédée du premier, face à des provocations d'un camarade qui avait été auparavant invité à cesser son comportement vexatoire. Quoi qu'en dise l'auditeur, on ne saurait davantage leur faire grief d'avoir également mis en exergue la fatigue à laquelle avait à faire face le sdt A. \_\_\_\_\_. Il faut enfin relever que les juges précédents ont souligné l'admission d'un cas de peu de gravité intervenait à titre exceptionnel, sur la base des différents éléments jugés à juste titre comme étant de nature à compenser l'usage, en soi d'une certaine gravité objective, d'un couteau. En ce sens, le jugement attaqué ne prête pas le flanc à la critique.

A la lumière de ce qui précède, il y a donc lieu de retenir que le Tribunal militaire d'appel 1 n'a pas violé la loi pénale en retenant que la menace était en l'espèce de peu de gravité au sens de l'art. 149 al. 2 CPM.

3.2.4 Mal fondés, les griefs de l'Auditeur doivent donc être rejetés.

#### 4.

Dans son pourvoi, le sdt A. \_\_\_\_\_ fait valoir que que la déclaration de culpabilité contenue dans le dispositif du jugement attaqué est contraire à la loi et que, partant, le jugement doit être annulé et la cause renvoyée au Tribunal militaire d'appel 1 pour correction du dispositif, le solde du jugement dispositif est contraire d'appel étant confirmé.

4.1 Aux termes de l'art. 149 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, PPM, si le tribunal 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 acquitte l'accusé pénalement et lui inflige une sanction disciplinaire.

Selon la jurisprudence, dans le cas de peu de gravité, 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 14 n° 29 consid. 2g i. f.)

4.2 En l'espèce, le Tribunal militaire l'appel 1 a retenu, dans les considérants du jugement attaqué, que le sdt A. \_\_\_\_\_ devait être acquitté pénalement du chef d'accusation de menaces (art. 149 al. 1 CPM), mais condamné disciplinairement à ce titre (art. 149 al. 2 CPM). Toutefois, le dispositif du jugement précise, en son ch. 2.2, que le sdt A. \_\_\_\_\_ est reconnu coupable de menaces de peu de gravité au sens de l'art. 149 al. 2 CPM, pour avoir, le 25 octobre 2017, à Z. \_\_\_\_\_, plaqué le sdt X. \_\_\_\_\_, membre du détachement de garde, contre le mur du couloir du local de garde et lui avoir plaqué un couteau sur la partie supérieure du corps. Force est dès lors de constater que le dispositif du jugement attaqué contient manifestement une violation de la loi en ce qu'il reconnaît le sdt A. \_\_\_\_\_ coupable de menaces de peu de gravité alors qu'il doit être déclaré non coupable, conformément à la jurisprudence précitée.

4.3 Le grief s'avère par conséquent fondé.

#### 5.

Il s'ensuit que le pourvoi en cassation de l'Auditeur Rég aud 1 doit être rejeté, alors que le pourvoi du sdt A. \_\_\_\_\_ doit être admis, et la cause renvoyée au Tribunal militaire d'appel 1 pour modification du ch. 2.2 du dispositif de son jugement dans le sens des considérants.

Les frais de la procédure de cassation sont laissés à la charge de la Confédération (art. 183 al. 1 PPM, en relation avec l'art. 193 PPM).

(927, 24 Juin 2022, A. \_\_\_\_\_ contre Aud Rég aud 1)

**Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 71 Abs. 1 und 2 MStG, Art. 185 Abs. 1 Bst. d und f MStP; Drohung gegenüber einem Untergebenen, leichter Fall, Rügeprinzip, Beweiswürdigung (Unschuldsvermutung), Kassationsgründe der Verletzung des Strafgesetzes und der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung (Kassationsbeschwerde)**

Im Verfahren der Kassationsbeschwerde gilt das qualifizierte Rügeprinzip; der Beschwerdeführer muss unter Hinweis auf den angerufenen Kassationsgrund darlegen, welche Bestimmungen er für verletzt hält und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll (E. 1b). Der Tatbestand von Art. 71 MStG beschlägt den Missbrauch der Befehlsgewalt und schützt auch das Rechtsgut der Handlungsfreiheit des Untergebenen (E. 2a). Eine Absicht des Täters, die Drohung tatsächlich wahrzumachen, ist nicht erforderlich. Es kommt insoweit nur darauf an, ob die Drohung ernstgemeint erscheint. Dabei ist ausreichend, dass die Drohung objektiv geeignet ist, auf das Opfer einen gewissen seelischen Druck auszuüben und es in seinem Sicherheitsgefühl zu verletzen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, zumal das Opfer einen tätlichen Übergriff für möglich gehalten hat (E. 2b, 5a). Kein leichter Fall einer Drohung i.S.v. Art. 71 Abs. 2 MStG, zumal das angedrohte Übel schwerwiegend war und der Angeklagte seine Verantwortung als direkter Vorgesetzter in gravierender Weise verkannt hat (E. 6c).

**Art. 32 al. 1 Cst., art. 71 al. 1 et 2 CPM, art. 185 al. 1 let. d et f PPM ; menaces à l'encontre d'un subordonné, cas de peu de gravité, principe de l'allégation, appréciation des preuves (présomption d'innocence), moyens de cassation tirés de la violation de la loi pénale et de la constatation arbitraire des faits (poursuite en cassation)**

Dans la procédure de pourvoi en cassation, le principe de l'allégation qualifiée s'applique ; le recourant doit exposer, en se référant au motif de cassation invoqué, les dispositions qui auraient été violées et en quoi le jugement attaqué est censé entériner leur violation (consid. 1b). L'infraction de l'art. 71 CPM recouvre l'abus du pouvoir de donner des ordres et protège également le bien juridique de la liberté d'action du subordonné (consid. 2a). Il n'est pas nécessaire que l'auteur ait l'intention de mettre effectivement la menace à exécution. Ce qui compte est que la menace paraisse sérieuse. Il suffit que la menace soit objectivement susceptible d'exercer une certaine pression psychologique sur la victime et de l'atteindre dans son sentiment de sécurité. Ces conditions sont remplies dans le cas présent, d'autant que la victime a estimé qu'une agression physique était possible (consid. 2b, 5a). Il n'y a pas de cas de peu de gravité au sens de l'art. 71 al. 2 CPM, d'autant que l'atteinte annoncée était grave et que l'accusé a gravement méconnu sa responsabilité de supérieur hiérarchique direct (consid. 6c).

**Art. 32 cpv. 1 BV, art. 71 cpv. 1 e 2 CPM, art. 185 cpv. 1 lett. d e f PPM; minaccia a un subordinato, caso poco grave, principio dell'allegazione, valutazione delle prove (presunzione d'innocenza), motivi di cassazione della violazione del diritto penale e dell'accertamento arbitrario dei fatti (ricorso per cassazione)**

Nei procedimenti di ricorso per cassazione si applica il principio d'allegazione qualificato; il ricorrente deve indicare quali disposizioni ritiene siano state violate e in che misura la sentenza impugnata sia stata violata, con riferimento ai motivi di cassazione invocati (consid. 1b). Il reato di cui all'art. 71 CPM riguarda l'abuso di autorità e tutela anche l'interesse legale della libertà d'azione del subordinato (consid. 2a). Non è necessario che l'autore del reato intenda effettivamente mettere in atto la minaccia. Ciò che conta è che la minaccia appaia seria. È quindi sufficiente che la minaccia sia oggettivamente in grado di esercitare una certa pressione psicologica sulla vittima e di minare il suo senso di sicurezza. Questi requisiti sono soddisfatti nel caso in esame, soprattutto perché la vittima ha ritenuto possibile un'aggressione (consid. 2b, 5a). Non si tratta di un caso poco grave di minaccia ai sensi dell'art. 71 cpv. 2 CPM, soprattutto perché la minaccia di danno era grave e l'imputato ha gravemente misconosciuto la propria responsabilità di diretto superiore gerarchico (consid. 6c).

**Sachverhalt:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Angeklagter) und B. \_\_\_\_\_ leisteten von April bis Oktober 2018 Dienst im Kontingent X. \_\_\_\_\_ der Schweizer Kompanie (Swisscoy) in der multinationalen Kosovo Force (KFOR). Der Angeklagte war direkter Vorgesetzter von B. \_\_\_\_\_.

Der Angeklagte plante ursprünglich, am 19. Juni 2018 nach Zürich zu fliegen, wofür er eine Bewilligung des National Contingent Command (NCC) erhalten hatte. Indes flog er bereits am 18. Juni 2018 privat mit der Turkish Airlines von Pristina nach Istanbul, ohne über die erforderliche Bewilligung zu verfügen.

Vor dem unbewilligten Abflug am 18. Juni 2018 sprach B. \_\_\_\_\_ den Angeklagten auf die vorzeitige Abreise an, worauf dieser ihr sagte «Ich säg dr, wenn du nur eis Wort seisch, erwürg ich dich!» und später «kein Wort sonst», wobei er eine Geste mit dem Finger quer über die Kehle machte.

**B.**

Mit Anklageschrift vom 5. November 2020 klagte der Auditor den Angeklagten an der Tötlichkeiten i.S.v. Art. 71 Abs. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) für hier nicht im Streit stehende Vorgänge, der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften i.S.v. Art. 72 Abs. 1 MStG i.V.m. Ziffer 5.4 Weisung Personelles für den Einsatz der Swisscoy in der KFOR, der unerlaubten Entfernung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 Bst. c MStG und der mehrfachen Drohung i.S.v. Art. 71 Abs. 1 MStG, eventualiter der mehrfachen Nötigung i.S.v. Art. 150 Abs. 1 MStG.

Mit Urteil vom 4. März 2021 sprach das Militärgericht 2 den Angeklagten frei von den Vorwürfen der unerlaubten Entfernung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 Bst. c MStG und der Tötlichkeiten i.S.v. Art. 71 MStG unter Annahme eines leichten Falles der einfachen Körperverletzung i.S.v. Art. 122 Ziff. 1 Abs. 2 MStG. Das Gericht sprach den Angeklagten zudem unter Annahme eines leichten Falles frei vom Vorwurf der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften i.S.v. Art. 72 Abs. 3 MStG i.V.m. Ziff. 5.2 und 5.4 der Weisung Personelles 100.00.00 zum Einsatzbefehl Nr. 13 für den Einsatz der Swissscoy in der KFOR. Hingegen sprach das Militärgericht 2 den Angeklagten der Drohung i.S.v. Art. 71 Abs. 1 MStG schuldig. Es verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 90.– unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs mit einer Probezeit von zwei Jahren sowie zu einer Disziplinarbusse von Fr. 1'000.–.

Der Angeklagte appellierte am 4. März 2021 gegen dieses Urteil und beantragte einen vollumfänglichen Freispruch. Mit Urteil vom 8. November 2021 bestätigte das Militärappellationsgericht 2 (MAG 2) – unter Verzicht auf eine Disziplinarbusse – den Entscheid des Militärgerichts 2, soweit dieser nicht in Rechtskraft erwachsen war.

### C.

Am 8. November 2021 erhob der Angeklagte Kassationsbeschwerde. In seiner Beschwerdebegründung vom 21. April 2022 beantragt er, den angefochtenen Entscheid bezüglich des Schuldspruchs wegen Drohung i.S.v. Art. 71 Abs. 1 MStG aufzuheben.

### Erwägungen:

#### 1.

a) Gegen das Urteil des MAG 2 ist die Kassationsbeschwerde gegeben (Art. 184 Abs. 1 Bst. a des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]). Der Angeklagte ist zur Beschwerde berechtigt (Art. 186 Abs. 1 MStP). Er hat diese rechtzeitig angemeldet (Art. 186 Abs. 2 MStP) und innert der ihm gesetzten Frist begründet (Art. 187 Abs. 1 MStP).

b) Das Militärkassationsgericht (MKG) beurteilt ein mit Kassationsbeschwerde angefochtenes Urteil grundsätzlich nur auf das Vorliegen von zumindest der Sache nach vorgebrachten Kassationsgründen (BOPP, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, Art. 185 N. 11, 34, mit Hinweisen). Es gilt dabei das qualifizierte Rügeprinzip; der Beschwerdeführer muss unter Hinweis auf den angerufenen Kassationsgrund darlegen, welche Bestimmungen er für verletzt hält und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll (MKGE 14 Nr. 27 E. 2).

Der Angeklagte führt in der Beschwerdebegründung nicht aus, auf welchen Kassationsgrund er sich bezieht. Aus seinen Ausführungen, die unter Berücksichtigung des verfassungsmässigen Verbots des überspitzten Formalismus (BGE 102 Ia 92 E. 2) zu betrachten sind, ergibt sich zunächst, dass er Sachverhaltsfeststellungen beanstandet, wobei er auch eine Verletzung der Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*) rügt. In seiner Replik ruft er hierbei den Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung (Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP) an.

Zudem rügt der Angeklagte eine fehlerhafte Anwendung des Tatbestands der Drohung gegenüber einem Untergebenen nach Art. 71 Abs. 1 MStG. Weiter macht er geltend, es liege ein leichter Fall nach Art. 71 Abs. 2 MStG vor. In der Sache beruft der Angeklagte sich damit auf den Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes (Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP).

Bei Kassationsbeschwerden, die sich auf Artikel 185 Absatz 1 Buchstabe d, e oder f stützen, ist das MKG nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 4 MStP).

## 2.

Wer einen Untergebenen oder einen im Range Nachstehenden tötlich angreift oder bedroht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 71 Abs. 1 MStG). In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung (Art. 71 Abs. 2 MStG).

a) Der Tatbestand beschlägt – wie sich aus seiner systematischen Stellung im Zweiten Abschnitt («Missbrauch der Dienstgewalt») des Zweiten Teils des MStG ergibt – den Missbrauch der Befehlsgewalt. Er schützt auch das Rechtsgut der Handlungsfreiheit des Untergebenen. Denn eine Drohung stellt wesensgemäss einen Angriff auf die Handlungsfreiheit des Bedrohten dar, indem sie objektiv geeignet ist, seine Freiheit der Willensbildung und -betätigung zu beeinträchtigen (MKGE 9 Nr. 87 E. 2; vgl. auch BGE 141 IV 1 E. 3.2, in Bezug auf den Tatbestand der Drohung nach Art. 180 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]).

b) Bei der Drohung stellt der Täter dem Opfer ein Übel in Aussicht, dessen Eintritt er ausdrücklich oder stillschweigend als von seinem Einfluss abhängig erscheinen lässt (BGE 106 IV 125 E. 2a). Die Ankündigung kann mündlich, schriftlich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (BGE 99 IV 212 E. 1a).

Eine Absicht des Täters, die Drohung tatsächlich wahrzumachen, ist nicht erforderlich. Es kommt insoweit nur darauf an, ob die Drohung ernst gemeint erscheint (BGE 137 IV 258 E. 2.5 f.; BGE 122 IV 322 E. 1a; HENGGELER, Der Missbrauch der Dienstgewalt im schweizerischen Militärstrafrecht, Diss. 1973, S. 100; DELNON/RÜDY, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK-Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, Art. 180 N. 18; DONATSCH, OFK-Kommentar StGB, 21. Aufl. 2022, Art. 180 N. 2; DUPUIS ET AL., Petit Commentaire CP, 2. Aufl. 2017, Art. 180 N. 7; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl. 2022, § 5 N. 8).

In diesem Sinne setzt der Tatbestand von Art. 71 MStG – wie das MAG 2 zutreffend ausführt (Urteil MAG 2 IV E. 4.1) – voraus, dass das Opfer die Verwirklichung der Drohung durch den Täter zumindest für möglich hält. Der Untergebene muss jedoch nicht davon ausgehen, dass der Täter seine konkrete Drohung tatsächlich wahrmachen könnte (E. 5a; MKGE 9 Nr. 87 E. 2; FLACHSMANN/FLURI/ISENRING/MAURER/WEHRENBURG, Tafeln zum Militärstrafrecht, 4. Aufl. 2019, Tafel 75 Fn. 4; DELNON/RÜDY, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK-Strafrecht II, Art. 180 N. 24; POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, Besonderer Teil, 1992, Art. 62 N. 5). Im Vergleich zum Tatbestand der Drohung gemäss Art. 149 MStG bzw. Art. 180 StGB wird hier weder eine «schwere Drohung» vorausgesetzt noch verlangt, dass der Bedrohte in «Schrecken oder Angst» versetzt wird; es genügt, dass das Inaussichtstellen des Übels objektiv geeignet ist, auf den Untergebenen einen gewissen seelischen Druck auszuüben und ihn in seinem Sicherheitsgefühl zu

verletzen (MKGE 9 Nr. 87 E. 2; DUPUIS ET AL., Petit Commentaire CP, 2. Aufl. 2017, Art. 180 N. 11). Es handelt sich insoweit um ein Gefährdungsdelikt (MKGE 9 Nr. 87 E. 2). Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Drohung ihren Zweck nicht erreichen muss, um den Tatbestand zu erfüllen; der Adressat muss sich weder zu dem mit der Drohung bezweckten Verhalten bereitgefunden noch dieses getätigt haben (MKGE 9 Nr. 87 E. 2; POPP, a.a.O., Art. 62 N. 5; HENGGELER, a.a.O., S. 103).

c) Ein Übel ist nicht nur die Verschlechterung des derzeitigen Zustands (*status quo*), sondern auch der künftigen Lage, wie sie sich nach den Erwartungen des Bedrohten ohne Zutun des Täters entwickeln würde. Neben körperlichen und seelischen kommen auch wirtschaftliche Nachteile in Betracht. Das angedrohte Übel kann (vgl. MKGE 9 Nr. 71 E. 2: «casser la gueule»), muss aber nicht zwingend rechtswidrig sein (HEIZMANN/LÜÖND, Annotierter Kommentar StGB, 2020, Art. 180 N. 3; POPP, a.a.O., Art. 62 N. 4, 7, Art. 71 N. 4).

d) Die Tathandlung kann nur mit Vorsatz begangen werden. Dabei genügt Eventualvorsatz in dem Sinne, dass der Täter die Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 MStG). Der Täter muss es somit zumindest für möglich halten und in Kauf nehmen, dass er einem Untergebenen gegenüber ein Übel in Aussicht stellt, dessen Eintritt er als von seinem Einfluss abhängig erscheinen lässt, und dass seine Äusserung als ernst gemeint aufgefasst wird (HENGGELER, a.a.O., S. 102; POPP, a.a.O., Art. 62 N. 9 i.V.m. Art. 71 N. 7).

Mit Blick auf diese rechtliche Ausgangslage ist nicht ersichtlich und wird vom Angeklagten auch nicht geltend gemacht, dass die Vorinstanz bei der Auslegung von Art. 71 Abs. 1 MStG von falschen rechtlichen Erwägungen ausgegangen ist.

### 3.

a) In tatsächlicher Hinsicht stellte die Vorinstanz zunächst fest, der Angeklagte sei am 18. Juni 2018 ohne Bewilligung von Pristina direkt nach Istanbul geflogen, wohingegen er eine Bewilligung für einen Flug von Pristina nach Zürich am 19. Juni 2018 gehabt habe. Sein direkter Vorgesetzter, C. \_\_\_\_\_, habe ihn zwar am 18. Juni 2018 zum Flughafen gefahren und sei offenkundig mit der früheren Abreise einverstanden gewesen. Dem Angeklagten sei jedoch die Weisung Personelles 100.00.00 zum Einsatzbefehl Nr. 13 für den Einsatz der Swisscoy in der KFOR bekannt gewesen. Er habe damit auch gewusst, dass C. \_\_\_\_\_ für die Bewilligung der Abreise an einem anderen Tag als dem 19. Juni 2018 und zudem an eine andere Destination (Istanbul statt Zürich) nicht zuständig gewesen sei (Urteil MAG 2 III E. 5.2 f.).

b) Des Weiteren geht das MAG 2 in seinem Beweisergebnis davon aus, dass der Angeklagte B. \_\_\_\_\_ ein erstes Mal verbal damit gedroht habe, sie zu erwürgen, wenn sie ein Wort erzähle. Angesprochen sei offenkundig das verfrühte Abreisen des Angeklagten ohne Bewilligung gewesen. Am gleichen Tag habe der Angeklagte ihr dann noch mit einer Geste gedroht, indem er seinen Finger quer über die Kehle zog und «kein Wort, sonst» sagte. Bei diesen Aussagen und der Geste handle es sich offenkundig um eine Drohung. Aus dem Gesamtkontext der damaligen Situation ergäben sich zudem keinerlei Hinweise, dass die Aussagen im Sinne eines Spasses

gemeint gewesen sein könnten, zumal sie nicht in geselliger Runde oder dergleichen erfolgt seien. B. \_\_\_\_\_ habe zwar ausgeführt, sie sei nicht davon ausgegangen, dass der Angeklagte sie umbringe. Indes habe sie in konstanter Weise und glaubhaft ausgeführt, dass sie durch die Drohung in Angst und Not geraten sei. Insbesondere habe sie sich Sorgen gemacht, dass der Angeklagte ihr etwas antun könnte. Selbst wenn B. \_\_\_\_\_ die Aussage und die Geste des Angeklagten damit nicht zum Wortlaut genommen habe, habe sie die in der Androhung des Erwürgens notwendigerweise mitenthaltene Drohung eines tätlichen Übergriffs durchaus für möglich gehalten. Anders als im ersten Anklagesachverhalt hätten die Aufeinandertreffen zudem im Rahmen der Arbeitszeit und nicht während einer geselligen Runde stattgefunden, so dass in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 71 MStG von Beginn keine Hindernisse bestünden. Der objektive Tatbestand von Art. 71 MStG sei damit erfüllt (Urteil MAG 2 IV E. 4.1).

c) Zum subjektiven Tatbestand führte das MAG 2 aus, nach dem Beweisergebnis habe B. \_\_\_\_\_ den Angeklagten mit dessen verfrühten Abreise konfrontiert. Wenn dieser daraufhin davon gesprochen habe, er würde sie umbringen, wenn sie ein Wort sage, und dann noch eine entsprechende Geste mit dem Finger quer über die Kehle gemacht habe, so sei ihm die Bedeutung solcher Kommunikation als Drohung ohne weiteres bewusst gewesen. Der Angeklagte habe nachgerade bezweckt, dass B. \_\_\_\_\_ in dieser Angelegenheit schweige. Das Aussprechen der Drohung sei damit nicht nur eventualvorsätzlich, sondern mit direktem Vorsatz erfolgt (Urteil MAG 2 IV E. 4.2).

#### 4.

Der Angeklagte beanstandet die Sachverhaltsfeststellungen des MAG 2 in verschiedener Hinsicht und ruft in seiner Replik den Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung nach Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP an (E. 1b).

a) Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP setzt voraus, dass wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis des Beweisverfahrens widersprechen, d.h. willkürlich sind.

aa) Nach der Praxis des MKG bildet die willkürliche Sachverhaltsfeststellung den Hauptfall des Kassationsgrundes; die Aktenwidrigkeit ist davon ein Spezialfall (MKGE 11 Nr. 51 E. 3a). Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP ergibt («wesentliche tatsächliche Feststellungen»), ist der entsprechende Kassationsgrund nur gegeben, wenn die geltend gemachten Widersprüche zentrale Sachverhaltsfeststellungen betreffen bzw. sich die Behebung des Mangels auf das Ergebnis auswirken kann, was vom Beschwerdeführer entsprechend darzulegen ist (MKGE 14 Nr. 28 E. 1e/aa, mit weiteren Hinweisen; E. 1b).

bb) Den Militär- und Militärappellationsgerichten steht bei der Beweiswürdigung ein weiter Ermessensspielraum zu (MKGE 10 Nr. 90 E. 2d). Willkür liegt nur vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren Beweiswürdigung beruht. Die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich etwa als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Das MKG hebt ein Urteil

jedoch 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 nicht. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist namentlich nicht schon deshalb willkürlich, weil die Kassationsinstanz an Stelle des Sachgerichts allenfalls anders entschieden hätte (MKGE 14 Nr. 28 E. 1e/bb, mit weiteren Hinweisen; vgl. zum Willkürbegriff BGE 137 I 1 E. 2.4).

cc) Das MKG subsumiert unter Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP auch die Verletzung des Grundsatzes *in dubio pro reo*. Dieser fliesst aus der Unschuldsvermutung, die in Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) verankert ist. Der Grundsatz betrifft zum einen die Verteilung der (subjektiven) Beweislast und zum anderen die Würdigung der Beweise (vgl. grundlegend BGE 120 Ia 31 E. 2, mit Hinweisen).

Als Beweislastregel bedeutet der Grundsatz, dass es Sache der Anklagebehörde bzw. des Gerichts ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Der Grundsatz ist dann direkt verletzt, wenn das Gericht die Schuld des Angeklagten für erwiesen erachtet, weil dieser seine Unschuld nicht zu beweisen vermochte.

Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich das Gericht nicht von einem Sachverhalt überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche Zweifel bestehen bleiben, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Der Grundsatz wird indirekt verletzt, wenn sich das Gericht aufgrund erhobener Beweise von der Schuld überzeugt erklärt, obwohl deren richtige Würdigung erhebliche Zweifel an der Schuld bestehen lassen würde oder umgekehrt, wenn das Gericht aufgrund erhobener Beweise erhebliche Zweifel an der Schuld bejaht, obwohl deren richtige Würdigung nur zur Überzeugung der Schuld führen kann. Das MKG prüft die Rüge der indirekten Verletzung, welche die Beweiswürdigung betrifft, ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP und damit nur auf Willkür hin (MKGE 14 Nr. 28 E. 1e/cc; MKGE 14 Nr. 9 E. 2c/dd, mit weiteren Hinweisen; BOPP, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, Art. 185 N. 53 ff.).

b) Der Angeklagte zeigt nicht auf, inwieweit die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz willkürlich sein sollen; qualifizierte Sachverhaltsrügen fehlen. Vielmehr beschränkt sich der Angeklagte darauf, den Sachverhalt – insbesondere die Aussagen von B. \_\_\_\_\_ – anders als das MAG 2 zu würdigen. Da das MKG gemäss Art. 189 Abs. 4 MStP bei Anrufung des Kassationsgrundes der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden ist, beurteilt es gleichwohl aufgrund der Akten, ob die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz willkürlich ist (MKGE 10 Nr. 55 E. 2). Zunächst ist jedoch auf einzelne Ausführungen des Angeklagten einzugehen.

c) Dass, wie der Angeklagte geltend macht, seine Äusserungen nicht ernst gemeint gewesen seien, ist für die Anwendung von Art. 71 MStG unerheblich. Wie aufgezeigt ist massgebend, wie der Adressat die Äusserung aufgefasst hat (E. 2b). B. \_\_\_\_\_ hat – wie erwähnt – ausgesagt, dass sie aufgrund der betreffenden Äusserung des Angeklagten einen tätlichen Übergriff durch diesen für möglich gehalten habe (HV MAG 2 S. 60). Die Vorinstanz hat diese Aussagen von B. \_\_\_\_\_ als glaubhaft eingestuft, zumal sie konstant und erlebnisbasiert seien. Zudem sei die geschilderte

Abfolge in sich schlüssig, auch habe B.\_\_\_\_\_ ihre Situation nicht dramatisiert (MAG 2 III E. 6.3; E. 3b). Es sind keine Umstände ersichtlich, welche diese Beweiswürdigung als unhaltbar erscheinen liessen. Dies umso mehr, als B.\_\_\_\_\_ mehrmals einlässlich befragt worden ist und jeweils konsistente Aussagen gemacht hat.

d) Nicht zielführend ist der Einwand des Angeklagten, er habe keinen Grund gehabt, B.\_\_\_\_\_ zu bedrohen, zumal C.\_\_\_\_\_ als sein direkter Vorgesetzter von seinem Vorhaben, am 18. Juni 2018 anstatt am 19. Juni 2018 und mit Ziel Istanbul anstatt Zürich abzureisen, Kenntnis gehabt und ihn sogar an den Flughafen gefahren habe (Kassationsbeschwerde, S. 7 f.; Replik, S. 3). Denn nach den willkürfreien Feststellungen des MAG 2 war es dem Angeklagten bewusst, dass sein direkter Vorgesetzter nicht befugt war, die Änderungen an seinem Reiseplan zu bewilligen (Urteil MAG 2 IV E. 5.1). Selbst wenn D.\_\_\_\_\_ im Nachhinein bestätigt hat, dass ein SMS gereicht hätte, um die beabsichtigten Änderungen an seinem Reiseplan zu genehmigen, nützte dies dem Angeklagten nichts. Aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ergibt sich nicht, dass er sich vor dem Tatvorgang dessen bewusst gewesen wäre. Entsprechendes behauptet der Angeklagte auch nicht. Es ist demzufolge nicht einzusehen, inwiefern aus dem Umstand, dass der direkte Vorgesetzte des Angeklagten von dessen Vorhaben gewusst haben soll, auf die fehlende Glaubhaftigkeit der Aussagen von B.\_\_\_\_\_ geschlossen werden könnte. Der Angeklagte behauptet auch nicht, B.\_\_\_\_\_ auf diesen Umstand hingewiesen zu haben. Vielmehr erscheint die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Angeklagte mit der Drohung erreichen wollte, dass B.\_\_\_\_\_ über seine vorzeitige Abreise schweige (Urteil MAG 2 IV E. 4.2), keinesfalls als willkürlich.

e) Ebenso unbegründet ist das Vorbringen, die Aussagen von B.\_\_\_\_\_ seien ungläubhaft, weil sich diese nicht an die am 25. Februar 2021 – wenige Wochen vor der erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung am 4. März 2021 – unterschriebene Vereinbarung mit dem Angeklagten gehalten habe (Kassationsbeschwerde, S. 9). Darin hat B.\_\_\_\_\_ unter Hinweis auf das «Militärstrafverfahren wegen angeblicher Tötlichkeiten im Sinne von Art. 71 Abs. 1 MStG» ihr Desinteresse an einer diesbezüglichen Strafuntersuchung erklärt (Akten Militärgericht 2, pag. 90-92). Zunächst fehlt ein direkter Zusammenhang zwischen der Streiterledigung in Bezug auf die von der Vereinbarung erfassten Tötlichkeiten nach Art. 71 Abs. 1 MStG und der hier interessierenden Drohung. Der Umstand, dass B.\_\_\_\_\_ ihr Desinteresse an einer Strafuntersuchung über vorliegend nicht interessierende Delikte erklärt hat, spricht zudem entgegen den Ausführungen in der Kassationsbeschwerde gerade für die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen. Denn wäre es B.\_\_\_\_\_ darum gegangen, sich beim Angeklagten zu rächen, so hätte sie die erwähnte Desinteresseserklärung kaum abgegeben.

f) Auch bei autonomer Prüfung des Sachverhalts durch das MKG ist nicht ersichtlich, inwiefern das MAG 2 die entscheiderelevanten Tatsachen willkürlich festgestellt haben könnte. Demzufolge beruft sich der Angeklagte zu Unrecht auf den Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung nach Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP.

## 5.

Einzugehen ist des Weiteren auf die Rüge des Angeklagten, die Vorinstanz habe das

Verhalten des Angeklagten zu Unrecht als Drohung nach Art. 71 Abs. 1 MStG eingestuft. Angesprochen ist damit der Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP (E. 1b). Das MKG prüft Rechtsfragen frei (MKGE 11 Nr. 51 E. 4); es hat seiner rechtlichen Beurteilung den Sachverhalt zugrunde zu legen, den das MAG 2 willkürfrei festgestellt hat (MKGE 12 Nr. 12 E. 2; BOPP, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/ Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, Art. 185 N. 3).

a) Der Angeklagte wendet gegen die rechtliche Qualifikation seines Verhaltens als Drohung im Sinne von Art. 71 Abs. 1 MStG ein, B. \_\_\_\_\_ habe zu keinem Zeitpunkt gedacht, dass er «seine Drohung bezüglich des Erwürgens» oder die «Geste, welche als die Kehle aufschlitzen bekannt» sei, in die Tat umsetzen würde. Der Angeklagte verweist hierfür auf Aussagen von B. \_\_\_\_\_, wonach sie nicht wirklich gedacht habe, dass der Angeklagte sie umbringen werde (Kassationsbeschwerde, S. 5).

Es trifft zwar zu, dass der Tatbestand von Art. 71 MStG nur gegeben ist, wenn der Untergebene die Verwirklichung der Drohung mindestens für möglich hält. Der Untergebene muss jedoch – wie dargelegt (E. 2b) – nicht davon ausgehen, dass der Täter seine konkrete Drohung tatsächlich wahr machen könnte. Vielmehr ist ausreichend, dass die Drohung objektiv geeignet war, auf das Opfer einen gewissen seelischen Druck auszuüben und es in seinem Sicherheitsgefühl zu verletzen. In diesem Sinne genügt es, dass – wie die Vorinstanz ohne Willkür festgestellt hat (Urteil MAG 2 IV 4.1) – B. \_\_\_\_\_ die in den Worten des Angeklagten und seiner Geste mit enthaltene Drohung eines tätlichen Übergriffs für möglich gehalten hat (E. 2b, 3b).

b) Vor diesem Hintergrund kann auch der Einwand, B. \_\_\_\_\_ habe gegenüber der Vorinstanz bloss behauptet, dass der Angeklagte ihr Angst gemacht habe «und nichts Weiteres» (Kassationsbeschwerde, S. 5), diesen nicht entlasten. Es ist nicht einsichtig, weshalb «blosse» Angst – verursacht durch die Worte und die Geste des Angeklagten – nicht geeignet gewesen sein soll, B. \_\_\_\_\_ in ihrem Sicherheitsgefühl und in ihrer Handlungsfreiheit zu beeinträchtigen.

c) Untauglich ist ferner der Hinweis auf die (angeblich) bestehende langjährige Freundschaft zwischen dem Angeklagten und B. \_\_\_\_\_, zumal das MAG 2 willkürfrei von einer langjährigen Bekanntschaft ausgegangen ist (Urteil MAG 2 IV E. 2.1). Dasselbe gilt für die Behauptung des Angeklagten, seine Aussagen seien von einem «witzigen Unterton» begleitet gewesen (Kassationsbeschwerde, S. 6), hat doch die Vorinstanz ohne Willkür festgestellt, dass B. \_\_\_\_\_ aufgrund der Worte und der Geste des Angeklagten einen tätlichen Übergriff durch diesen für möglich hielt.

Aus diesen Gründen hat die Vorinstanz das infrage stehende Verhalten des Angeklagten zutreffend als Drohung nach Art. 71 Abs. 1 MStG eingestuft.

## 6.

Schliesslich bringt der Angeklagte vor, es sei «der leichte Fall gemäss Art. 71 Abs. 2 MStG erneut zu prüfen»; die Sache hätte auch disziplinarisch erledigt werden können.

a) Das MKG prüft die Rechtsfrage eines leichten Falles frei. Ein leichter Fall kann dann angenommen werden, wenn die Tat unter Berücksichtigung des Verschuldens, der

Beweggründe, des Vorlebens, der persönlichen Verhältnisse und der militärischen Führung des Fehlbaren sowie des Interesses eines geordneten Dienstes als geringfügig erscheint, wobei eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu erfolgen hat. Dabei hat der Fall sowohl in subjektiver (Täterkomponente) als auch in objektiver Hinsicht (Tatkomponente) geringfügig zu sein (MKGE 14 Nr. 29 E. 3d). Mit Bezug auf das Verschulden müssen gewichtige Strafmilderungs- oder minderungsgründe vorliegen und strafehöhende Umstände fehlen. Die übrigen Strafzumessungsfaktoren (Beweggründe, Vorleben, persönliche Verhältnisse, militärische Führung) dürfen zumindest nicht belastend sein (MKGE 11 Nr. 69 E. 6).

b) Das MAG 2 verneinte einen leichten Fall. Es erwog, erstens sei das B. \_\_\_\_\_ angedrohte Übel schwerwiegend. Selbst wenn B. \_\_\_\_\_ nicht davon ausgegangen sei, dass der Angeklagte sie umbringen werde, habe sie doch einen tätlichen Übergriff befürchtet, was in der Drohung des Angeklagten zumindest mit enthalten sei. Die Intensität der Drohung sei insofern erhöht gewesen, als der Angeklagte die Drohung als unmittelbarer Vorgesetzter ausgesprochen habe. Hieran ändere auch nichts, dass der Angeklagte und B. \_\_\_\_\_ sich bereits seit vielen Jahren persönlich gekannt hätten. Die Beweggründe des Angeklagten hätten darin bestanden, dass B. \_\_\_\_\_ nicht weiter Worte verliere zur verfrühten Abreise des Angeklagten, was zusätzlich zu dessen Lasten wiege. Insoweit stelle das Verhalten des Angeklagten auch eine schwerwiegende Verkennung der mit der Vorgesetztenstellung verbundenen Verantwortung für eine untergeordnete Person dar. Auch die Desinteresseerklärung in Bezug auf den – hier nicht im Streit stehenden – Vorwurf der Tötlichkeit und die ansonsten sehr guten Zeugnisse des Angeklagten aus seiner Tätigkeit für die Swiscoy könnten in dieser Situation keinen leichten Fall mehr begründen. Auch die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten sowie des Interesses an einem geordneten Dienstbetrieb könnten zumindest keine für ihn entlastenden Umstände begründen (Urteil MAG 2 IV E. 4.4).

c) Der Angeklagte führt zugunsten eines leichten Falles aus, er und B. \_\_\_\_\_ hätten sich über 15 Jahre lang gekannt und seien zusammen auf mehreren Einsätzen gewesen. Unter Freunden sei es nicht unvorstellbar, dass man nicht ernst gemeinte Worte und Gesten ausspreche. Es sei nicht auszuschliessen, dass er unbewusst, d.h. ohne Vorsatz, B. \_\_\_\_\_ das Gefühl einer Drohung gegeben habe. Es sei daran festzuhalten, dass eine nicht ernst gemeinte und nicht vorsätzliche sowie unter Freunden geschehene Gestikulation nur eine leichte Drohung sei (Kassationsbeschwerde, S. 7).

d) aa) Soweit der Angeklagte geltend macht, er habe ohne Vorsatz gehandelt, muss er sich entgegenhalten lassen, dass das MAG 2 ohne Willkür von vorsätzlicher Tatbegehung ausgegangen ist (E. 3c). Hätte er tatsächlich nicht vorsätzlich gehandelt, entfielen das erforderliche subjektive Tatbestandsmerkmal (E. 2d).

bb) Unerheblich ist auch der Einwand, die Drohung sei nicht ernst gemeint gewesen, weil – wie aufgezeigt – insoweit einzig entscheidend ist, wie das Opfer die Drohung aufgefasst hat. Selbst wenn die Worte bzw. Geste des Angeklagten nicht ernst gemeint gewesen sein sollten, änderte dies nichts daran, dass diese beim Opfer als ernst gemeint angekommen sind (E. 2b, 4c). Das Argument des Angeklagten, es handle sich um eine Angelegenheit «unter Freunden», geht – wie bereits erwähnt

(E. 5c) – ebenfalls an der Sache vorbei. Die Vorinstanz führt zutreffend aus, dass auch die langjährige Bekanntschaft zwischen dem Angeklagten und dem Opfer an der Wirkung der Drohung nichts ändere.

cc) Im Übrigen setzt sich der Angeklagte nicht mit den Erwägungen des MAG 2 über das Vorliegen eines leichten Falles auseinander. Diese sind auch nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass das angedrohte Übel schwerwiegend war und dass der Angeklagte seine Verantwortung als direkter Vorgesetzter in gravierender Weise verkannt hat. Es sind keine Umstände ersichtlich, welche diese erschwerenden Aspekte aufwiegen könnten. Von einem leichten Fall kann keine Rede sein.

**7.**

Die Kassationsbeschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Gerichtskosten zulasten des Beschwerdeführers (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 MStP).

(MKG 929, 9. September 2022, Angeklagter gegen Militärappellationsgericht 2)

**Art. 117 Abs. 3 Bst. c, 151 Abs. 1 und 3 MStP; Voraussetzungen einer Kostenaufgabe trotz Freispruch; Entschädigung des erbetenen Verteidigers bei Kostenaufgabe (Rekurs)**

Voraussetzungen einer Kostenaufgabe trotz Freispruch (E. 2c/d). Aus der Urteilsbegründung geht hervor, dass der Lebenssachverhalt, der als Drohung zur Anklage gebracht wurde, Gegenstand der Verurteilungen wegen Wachtvergehens und Nichtbefolgung von Dienstvorschriften ist. Damit waren die Untersuchungshandlungen auch für diese Verurteilungen erforderlich, zumal sich eine Untersuchungshandlung kaum je auf nur ein einziges Tatbestandselement bezieht. Dem Gericht ist diesbezüglich ein gewisses Ermessen zuzugestehen (E. 2e). Vorliegend verbietet sich eine bloss teilweise Kostenaufgabe. Entsprechend ist für die Aufwendungen des erbetenen Verteidigers auch keine Entschädigung zuzusprechen, da die Entschädigungsfrage den gleichen Regeln folgt wie der Kostenentscheid (E. 3d).

**Art. 117 al. 3 let. c, 151 al. 1 e 3 PPM ; conditions pour mettre les frais à la charge du prévenu acquitté ; indemnisation du défenseur de choix en pareilles circonstances (recours)**

Conditions pour mettre les frais à la charge du prévenu acquitté (consid. 2c/d). Il ressort de la motivation du jugement que l'état de fait ayant donné lieu à une mise en accusation sous le chef de prévention de menaces fait l'objet de condamnations pour délit de garde et non-respect des prescriptions de service. Les actes d'instruction étaient donc également nécessaires pour ces condamnations, d'autant plus qu'il est rare qu'un acte d'instruction ne porte que sur un seul élément constitutif de l'infraction. Le tribunal doit disposer d'un certain pouvoir d'appréciation à cet égard (consid. 2e). Dans le cas présent, une mise à la charge seulement partielle des frais n'est pas admissible. En conséquence, aucune indemnité ne doit être accordée pour les frais du défenseur de choix, car la question de l'indemnisation suit les mêmes règles que la décision sur les frais (consid. 3d).

**Art. 117 cpv. 3 lett. c, 151 cpv. 1 e 3 PPM; requisiti la messa a carico delle spese nonostante l'assoluzione; risarcimento del difensore di fiducia in tali casi (ricorso)**

Requisiti per la messa a carico delle spese nonostante l'assoluzione (consid. 2c/d). Dalla motivazione della sentenza emerge come i fatti alla base dell'accusa di minaccia abbiano portato a delle condanne per reati di guardia e inosservanza delle disposizioni di servizio. Gli atti di indagine esperiti si sono quindi rivelati necessari anche per

queste condanne, fermo restando che è estremamente raro che un atto istruttorio porti su di un unico elemento costitutivo della fattispecie penale. Al tribunale deve essere concesso un certo margine di discrezionalità in questo ambito (consid. 2e). Una messa a carico parziale delle spese è in casu esclusa. Di conseguenza, le spese del difensore di fiducia non devono essere rimborsate, la questione del risarcimento seguendo le stesse regole della decisione sulle spese (consid. 3d).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 6. Oktober 2020 beantragte der Kdt LW Tng Kdo 82 die Anordnung eines Militärstrafverfahrens gegen A. \_\_\_\_\_, da dieser eine Ladebewegung mit Kampfmunition im Wachtdienst ausgeführt, auf eine andere Soldatin gezielt und dieser «ich bringe dich um» gesagt haben soll. Mit Verfügung vom 12. November 2021 lud der Präsident des Militärgerichts 2 zur Hauptverhandlung und setzte den zuvor erbetenen Verteidiger des angeklagten A. \_\_\_\_\_ als amtlichen Verteidiger ein. Am 22. Dezember 2021 sprach das Militärgericht 2 den Angeklagten vom Vorwurf der Drohung (Art. 149 Abs. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) und vom Vorwurf des Missbrauchs und der Verschleuderung von Material (Art. 73 Ziff. 1 Abs. 1 MStG) unter Annahme eines leichten Falles (Art. 73 Ziff. 2 MStG) und entsprechender disziplinarischer Bestrafung frei. Es verurteilte ihn jedoch wegen mehrfacher Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 Abs. 1 Bst. b MStG), des mehrfachen Wachtvergehens (Art. 76 Ziff. 1 Abs. 2 MStG i.V.m. Ziff. 4.4 Wachtdienst aller Truppen und Ziff. 4.13, 4.15 und 4.17 des Einsatzbefehls für den Wachtdienst auf dem Waffenplatz Dübendorf) sowie des mehrfachen Konsums von Betäubungsmitteln (Art. 218 Abs. 4 MStG).

Das Militärgericht 2 verurteilte den Angeklagten zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.--, und einer Disziplinarbusse von Fr. 210.--. Den Vollzug der Geldstrafe schob es auf und setzte die Probezeit auf zwei Jahre fest. Von einem Ausschluss aus der Armee sah es ab. Das Militärgericht 2 auferlegte dem Angeklagten die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 868.--.

### **B.**

Gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Urteils erhob der Anklagte am 3. Mai 2022 Rekurs beim Militärkassationsgericht und stellte folgende Anträge:

- 1. Dispositiv-Ziffer 7 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben.*
- 2. Die Verfahrenskosten seien dem Rekurrenten maximal im Umfang von drei Fünfteln, mithin im Betrag von maximal Fr. 520.-- aufzuerlegen und im Mehrumfang definitiv auf die Staatskasse zu nehmen.*
- 3. Dem Rekurrenten sei für die Kosten seiner anfänglich erbetenen Verteidigung eine reduzierte Parteientschädigung von mindestens Fr. 4'217.-- (inkl. Auslagen und MWST) zuzusprechen.*

*Eventualiter sei das Verfahren zum gehörig begründeten Entscheid über die vom Rekurrenten im vorinstanzlichen Gerichtsverfahren beantragte Zusprechung einer*

*Entschädigung für die Kosten seiner anfänglich erbetenen Verteidigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*

4. *Die Kosten des Rekursverfahrens seien inkl. der Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen.*

### **C.**

Der Auditor beantragte in seiner Vernehmlassung vom 24. Mai 2022, den Rekurs des Angeklagten und jetzigen Rekurrenten unter Auferlegung der Verfahrenskosten zu Lasten des Rekurrenten abzuweisen.

### **Erwägungen:**

#### **2.**

a) Der Rekurs richtet sich zunächst gegen die Kostenaufgabe der Vorinstanz. Der Rekurrent rügt, dass ihm die ganzen Verfahrenskosten auferlegt worden seien, obschon er teilweise rechtskräftig freigesprochen worden sei. Konkret rügt er, dass er entgegen den Ausführungen der Vorinstanz in ihrem Urteil nicht für denselben Lebenssachverhalt verurteilt worden sei, für den er auch freigesprochen worden sei. So sei etwa festgestellt worden, dass die Geschädigte durch sein Verhalten nicht in Angst und Schrecken versetzt worden sei und er (der Rekurrent) solches weder beabsichtigt noch in Kauf genommen habe. Wie es sich mit der angeblich zweimal ausgesprochenen Todesdrohung verhalte, lasse sich dem Urteil nicht entnehmen. Die für die Drohung erforderlichen Tatbestandsmerkmale seien mithin nicht erfüllt gewesen. Bereits der Freispruch zeige, dass es sich nicht um denselben Lebenssachverhalt handle. Die von der Anklage in diesem Zusammenhang geltend gemachten Vorwürfe (zweimaliges Aussprechen einer Todesdrohung, Versetzen der Geschädigten in Angst und Schrecken) hätten bei den erfolgten Verurteilungen keine Rolle gespielt und seien in diesem Zusammenhang auch nicht erwähnt worden. Die Abklärung der besagten Vorwürfe habe aber während der Untersuchung wie auch der Hauptverhandlung bei allen Beteiligten einen erheblichen Aufwand verursacht. Denn bei der mehrfachen Drohung habe es sich um den Hauptvorwurf gehandelt. Deshalb sei vom Auditor auch eine bedingte Geldstrafe von 90 Tagessätzen verlangt worden. Dies übersteige die von der Vorinstanz angesetzten 40 Tagessätze deutlich. Es sei zu berücksichtigen, dass die mehrfache Drohung einerseits und die mehrfachen Wachtvergehen bzw. mehrfache Nichtbefolgung von Dienstvorschriften andererseits Überschneidungen im Sachverhalt aufweisen würden; nämlich mehrfaches Durchladen des unterladenen Sturmgewehrs bzw. zweimaliges Richten des unterladenen und durchgeladenen Sturmgewehrs auf die Geschädigte. Diese Handlungen seien von ihm (dem Rekurrenten) indessen nur teilweise bestritten worden, weshalb es gerechtfertigt erscheine, ihm die Verfahrenskosten maximal im Umfang von zwei Dritteln, mithin maximal Fr. 520.00 (gerundet), aufzuerlegen. Die vollumfängliche Kostenaufgabe laufe auf eine versteckte strafrechtlich motivierte Sanktion im Sinne einer Verdachtsstrafe hinaus und verstosse damit gegen die Unschuldsvermutung in Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101).

b) Der Auditor führt hierzu aus, dass ein einziger, einheitlicher und identischer Lebenssachverhalt vorliege. Entscheidend sei, dass der angeklagte Sachverhalt und derjenige, den das Gericht als erstellt erachtet habe, im Wesentlichen derselbe sei.

Es gehe um die Vorgänge beim Wachthaus anlässlich der Wochenendwache, wobei der Rekurrent während der Wache zweimal sein Sturmgewehr durchgeladen und damit anschliessend für jeweils 1-2 Sekunden auf die andere Soldatin gezielt habe. Nur weil sich einzelne Elemente des angeklagten, gleichen Vorgangs nicht hätten erstellen lassen (z.B. Angst/Schrecken der Geschädigten), mache das den Vorgang nicht zu einem anderen Lebenssachverhalt. Es habe keinesfalls ein eigenständiger angeklagter Sachverhaltskomplex nicht erstellt werden können. Eine nur teilweise Kostenauflegung komme daher nicht in Betracht.

c) Die Kosten der Untersuchung und der Hauptverhandlung werden dem Verurteilten auferlegt (Art. 151 Abs. 1 Satz 1 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]). Aus besonderen Gründen kann ihm das Gericht die Kosten ganz oder teilweise erlassen (Art. 151 Abs. 1 Satz 2 MStP). Im Falle eines Freispruches können dem Freigesprochenen die Kosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn er das Verfahren durch verwerfliches Verhalten verursacht oder erschwert hat (Art. 151 Abs. 3 MStP). Besondere Gründe i.S.v. Art. 151 Abs. 1 Satz 2 MStP (vgl. dazu etwa MKGE 13 Nr. 41 E. 4.2 MKGE 10 Nr. 7 E. 1) oder ein verwerfliches Verhalten wurden vorliegend keine geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Massgebend ist somit allein die Frage, ob die Kosten für den Rekurrenten infolge des teilweisen Freispruches hätten herabgesetzt werden müssen.

d) Eine Kostenaufgabe trotz Freispruchs verstösst gegen Art. 32 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 2 EMRK, wenn dem Angeklagten in der Begründung des Entscheids direkt oder indirekt vorgeworfen wird, er habe sich strafbar gemacht bzw. es treffe ihn ein strafbares Verschulden (GERRITT GÖRLICH, Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich et al. 2008, Art. 117 N 4). Ein Freispruch aus Mangel an Beweisen bestätigt im Übrigen die Unschuld des Angeklagten und lässt keinen Raum für verbleibenden Schuldverdacht, der eine Kostenaufgabe rechtfertigt (MKGE 11 Nr. 23 E. 3; GERRITT GÖRLICH, a.a.O., Art. 151 N 11). Ist ein Verhalten nicht strafbar, aber disziplinarrechtlich relevant, verstösst eine Kostenaufgabe nicht gegen die Unschuldsvermutung, und es besteht grundsätzlich Kostenpflicht (vgl. dazu MKGE 10 Nr. 7 E. 1). Das Gericht hat dem Kostenentscheid den Lebenssachverhalt zugrunde zu legen, der Gegenstand der Anklage gebildet hat. Wird nur ein Lebenssachverhalt untersucht und gibt es keine Untersuchungshandlungen, die im Hinblick auf die Schuldsprüche nicht erforderlich gewesen wären, dürfen die Kosten vollumfänglich dem Angeklagten auferlegt werden (Urteile des Bundesgerichts 6B\_202/2020 vom 22. Juli 2020, E. 3.2; 6b\_115/2019 vom 15. Mai 2019, E. 4; 6B\_1050/2018 vom 8. März 2019, E. 4.1.1; 6B\_803/2014 vom 15. Januar 2015, E. 3.3. und 3.5). Da eine exakte Beurteilung, welche Kosten auf welche Vorwürfe zurückzuführen sind, schwierig ist, räumt die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Vorinstanzen bei der Aufteilung der Verfahrenskosten ein gewisses Ermessen ein (vgl. statt vieler Urteil 6B\_112/2020 vom 7. Oktober 2020, E. 6.3).

e) Vorliegend liefert die Begründung der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Kostenverteilung keine Hinweise, dass das Gericht den teilweise nicht verurteilten Rekurrenten trotz des Freispruchs für schuldig halten würde. Die Kostenaufgabe verletzt daher weder die Bundesverfassung noch die EMRK. Aus der Begründung der Vorinstanz geht sodann hervor, dass der Lebenssachverhalt, der als Drohung zur Anklage gebracht worden ist, Gegenstand der Verurteilungen wegen Wachtvergehens und Nichtbefolgung von Dienstvorschriften ist. Damit hat die Vorinstanz hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Untersuchungshandlungen auch für diese Verurteilungen erforderlich waren. Dies ist nicht zu beanstanden, zumal sich eine Untersuchungshandlung kaum je auf nur ein einziges Tatbestandselement bezieht und der

Rekurrent nicht dargelegt hat, welche Untersuchungshandlungen seines Erachtens nicht erforderlich gewesen wären, um die mehrfachen Wachtvergehen und die mehrfache Nichtbefolgung von Dienstvorschriften nachzuweisen. Der Vorinstanz ist diesbezüglich ausserdem ein gewisses Ermessen zuzugestehen. So war etwa die Befragung der Geschädigten angesichts der Handlungen des Rekurrenten auch für die Verurteilungen wegen mehrfachen Wachtvergehens und mehrfacher Nichtbefolgung der Dienstvorschriften unumgänglich. Vor diesem Hintergrund ändert der Freispruch betreffend Drohung nichts an der Kostenaufgabe. Die mit diesem Straftatbestand verbundene hohe Strafandrohung ist unbeachtlich, da einzig der Lebenssachverhalt und nicht die an ihn geknüpfte Sanktion entscheidend ist. Auch die Behauptung des Rekurrenten, dass die entsprechenden Untersuchungsaspekte einen erheblichen Aufwand verursacht hätten, ändert aufgrund der Relevanz des gesamten Lebenssachverhalts für die Verurteilungen wegen mehrfachen Wachtvergehens und mehrfacher Nichtbefolgung der Dienstvorschriften nichts.

f) Die durchgeführten Untersuchungshandlungen waren ebenfalls im Zusammenhang mit dem Freispruch betreffend den Vorwurf des Missbrauchs und der Verschleuderung von Material notwendig. Da der entsprechende Freispruch unter Annahme eines leichten Falles und einer disziplinarischen Bestrafung für den identischen Lebenssachverhalt erfolgte, änderte sich ohnehin nur die rechtliche Beurteilung.

In Bezug auf die Kostenaufgabe ist der Rekurs damit abzuweisen.

### 3.

a) Der Rekurs richtet sich sodann auch insofern gegen das vorinstanzliche Urteil, als dieses keine Entschädigung an den anfänglich erbetenen Verteidiger vorsieht. Der Rekurrent verlangt gestützt auf seine Darstellung im Zusammenhang mit den Kostenfolgen und Art. 151 Abs. 5 i.V.m. Art. 117 Abs. 3 Bst. c MStP eine reduzierte Entschädigung in Höhe von mindestens Fr. 4'217.-- (inkl. Auslagen und MWST). Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Rekurrent führt hierzu aus, dass der Tatvorwurf der Drohung schwerwiegend und vor allem in tatsächlicher Hinsicht relativ komplex gewesen sei, so dass er als juristischer Laie und aufgrund seines jugendlichen Alters seine Interessen während der Untersuchung ohne anwaltlichen Beistand nicht selber hätte angemessen wahren können. Weiter müsse berücksichtigt werden, dass angesichts des gesetzgeberischen Anliegens, einem Beschuldigten im Militärstrafverfahren möglichst früh und ohne grosse Hürden Zugang zu einer (amtlichen) Verteidigung zu gewähren, die Erforderlichkeit auch einer erbetenen Verteidigung schon während der Untersuchung und bereits bei geringfügigen Delikten zu bejahen sei. Dies müsse hier umso mehr gelten, da sich ein militärgerichtliches Verfahren bereits während der Untersuchung abgezeichnet habe. Die Verteidigungsarbeit habe sich in erster Linie auf die Abwehr des schwerwiegenden Tatvorwurfs der Drohung gerichtet. An der vorinstanzlichen Hauptverhandlung habe er die Zusprechung einer reduzierten Entschädigung für die Kosten der anfänglich erbetenen Verteidigung beantragt und zu deren Nachweis eine Honorarnote in Höhe von Fr. 10'543.55 eingereicht. Entsprechend der vorstehend beantragten nur teilweisen Auferlegung der Verfahrenskosten habe er Anspruch auf Zusprechung einer reduzierten Entschädigung im Umfang von mindestens zwei Fünfteln der gehörig ausgewiesenen Kosten.

Der Rekurrent moniert weiter, dass die Vorinstanz in ihrem Urteil den Entschädigungsantrag ganz ausser Acht gelassen und nicht darüber befunden habe. Damit habe sie den Anspruch auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 Satz 1

EMRK verletzt. Dieser Anspruch könne im Rekursverfahren nur geheilt werden, wenn ihm eine angemessene Entschädigung zugesprochen werde. Falls eine Abweisung des Entschädigungsantrags in Betracht gezogen werde, müsste das Verfahren hingegen an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, ansonsten ihm ein nicht gerechtfertigter Instanzenverlust erwachsen würde.

b) In seiner Vernehmlassung führte der Auditor dazu aus, dass eine bloss teilweise Kostenauflegung nicht in Betracht komme und der Rekurrent deshalb alle Kosten – ohne Entschädigungsanspruch – vollständig zu tragen habe.

c) Im Urteil des Militärgerichts 2 finden sich, worauf der Rekurrent zu Recht hinweist, keine Ausführungen zum Entschädigungsantrag des Rekurrenten. Sodann geht weder aus der Begründung noch aus dem Dispositiv hervor, dass die Ausführungen zu den Kosten auch diejenigen zur geltend gemachten Entschädigung umfassen würden. Da es damit an einer hinreichenden Urteilsbegründung und einer entsprechenden Anordnung im Dispositiv fehlt, verletzt das Urteil des Militärgerichts 2 das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 EMRK. Daran ändert nichts, dass es dem Rekurrenten möglich war, hierüber Rekurs zu führen und dem Militärkassationsgericht seinen Standpunkt darzulegen und so das vorinstanzliche Urteil überprüfen zu lassen (vgl. hierzu MKGE 11 Nr. 69 E. 3).

d) Gemäss Art. 198 MStP kann das Militärkassationsgericht bei dieser Sachlage den Fall zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen oder in der Sache selber entscheiden. Eine Rückweisung an die Vorinstanz fällt ausser Betracht, da sich – wie ausgeführt – eine bloss teilweise Kostenauflegung verbietet und der Rekurrent deshalb alle Kosten zu tragen hat. Entsprechend hatte ihm das Militärgericht 2 für seine Aufwendungen als erbetener Verteidiger auch keine Entschädigung zuzusprechen, da die Entschädigungsfrage den gleichen Regeln folgt wie der Kostenentscheid (vgl. hierzu auch Urteil des Bundesgerichts 6B\_84/2020 vom 22. Juni 2020, E. 2.4). Es gilt folglich der Grundsatz, dass bei Auflegung der Kosten keine Entschädigung oder Genugtuung auszurichten ist (BGE 147 IV 47 E. 4.1; 145 IV 268 E. 1.2; 137 IV 352 E. 2.4.2; je mit Hinweisen).

Hingegen ist das Dispositiv des Militärgerichts 2 insofern zu ergänzen als dem Rekurrenten für die erbetene Verteidigung der Voruntersuchung *keine Entschädigung* zugesprochen wird, was das Militärkassationsgericht ohne Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verfügen kann. Dispositiv-Ziff. 7 des vorinstanzlichen Urteils ist entsprechend aufzuheben und abzuändern. Insoweit ist der Antrag 1 des Rekurrenten begründet und sein Rekurs teilweise gutzuheissen.

#### 4.

a) Der Rekurs ist teilweise gutzuheissen. Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu  $\frac{1}{4}$  zu Lasten der Eidgenossenschaft und zu  $\frac{3}{4}$  zu Lasten des Rekurrenten und (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP).

b) Die Entschädigung an den Rechtsvertreter des Rekurrenten in seiner Funktion als amtlicher Verteidiger bildet nicht Bestandteil des vorliegenden Urteils. Der Rechtsvertreter wird mittels separater Verfügung des Gerichtspräsidenten gesondert entschädigt.

**Art. 94 cpv. 1 e 17 cpv. 1 CPM; bene giuridico protetto del reato di servizio straniero e interpretazione della nozione di «esercito straniero»; stato di necessità esimente (ricorso per cassazione)**

Il reato di servizio straniero secondo l'art. 94 cpv. 1 CPM costituisce un reato di messa in pericolo astratto e tutela in particolare la forza difensiva del Paese in ambito militare e civile, i buoni rapporti della Confederazione svizzera verso gli altri Stati e la politica svizzera in materia di neutralità (consid. 2.2.1; 2.3.1.1).

Decisivo per l'esistenza di un «esercito straniero» (secondo il testo di legge italiano e francese) è il fatto che al suo interno si sia sottoposti al potere del comando straniero. Nell'esaminare se un servizio prestato in un Paese straniero debba essere considerato come servizio militare, non ci si può concentrare solo sul fatto che il servizio in questione sia considerato siccome servizio militare in Svizzera, né solo sul fatto che il servizio di cui si tratta, sia a sua volta ritenuto servizio militare all'estero (consid. 2.2.2).

Per «esercito straniero» si intende qualsiasi formazione armata di combattimento con obiettivo militare i cui membri sono sottoposti all'autorità di un comando straniero, indipendentemente dal fatto che si tratti di una forza armata statale regolare o no. Tale forza armata straniera, inoltre, deve combattere per uno scopo specifico e in un'area specifica (consid. 2.3.2.2).

Presupposti dello stato di necessità esimente ai sensi dell'art. 17 cpv. 1 CPM (negati nel caso concreto; consid. 3.2).

**Art. 94 Abs. 1, 17 Abs. 1 MStG; geschütztes Rechtsgut und Auslegung des «fremden Militärdienstes»; rechtfertigender Notstand (Kassationsbeschwerde)**

Der Tatbestand des Fremden Militärdienstes nach Art. 94 Abs. 1 MStG stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar und schützt insbesondere die militärische wie zivile Landesverteidigung, die Aussenbeziehungen der Eidgenossenschaft und deren Neutralitätspolitik (E. 2.2.1; 2.3.1.1).

Fremd ist der Militärdienst, wenn die dienstleistende Person einem ausländischen Kommando unterworfen ist. Bei der Prüfung der Frage, ob der Dienst im Ausland als Militärdienst anzusehen ist, darf weder allein darauf abgestellt werden, ob der betreffende Dienst in der Schweiz als Militärdienst angesehen wird, noch allein darauf, ob er im Ausland als solcher gilt (E. 2.2.2).

Als fremde Armee bzw. fremdes Heer (gemäss dem französischen bzw. italienischen Gesetzeswortlaut) ist jede bewaffnete Kampfformation mit militärischer Zielsetzung zu verstehen, deren Angehörige in einem bestimmten Gebiet für einen bestimmten Zweck kämpfen und der Befehlsgewalt eines ausländischen Kommandos unterstellt sind, ungeachtet dessen, ob es sich um staatliche oder nichtstaatliche Streitkräfte

handelt (E. 2.3.2.2).

Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands nach Art. 17 Abs. 1 MStG (im konkreten Fall verneint; E. 3.2).

**Art. 94 al. 1, 17 al. 1 CPM ; bien juridiquement protégé et interprétation du « service militaire étranger » ; état de nécessité licite (pourvoi en cassation)**

L'infraction de service militaire étranger au sens de l'art. 94 al. 1 CPM constitue un délit de mise en danger abstraite, qui protège en particulier la défense nationale militaire et civile, les relations extérieures de la Confédération ainsi que sa politique de neutralité (consid. 2.2.1 ; 2.3.1.1).

Le service militaire est étranger lorsque la personne qui fait du service est soumise à un commandement étranger. Pour déterminer si le service à l'étranger doit être considéré comme un service militaire, il ne faut pas se baser uniquement sur le fait que le service en question soit considéré comme un service militaire en Suisse, ni uniquement sur le fait qu'il soit considéré comme tel à l'étranger (consid. 2.2.2).

Constitue une armée étrangère, telle qu'évoquée dans la définition de l'infraction en français et en italien, toute formation de combat armée à vocation militaire, dont les membres combattent dans un but et dans une région déterminés et sont placés sous l'autorité d'un commandement étranger, qu'il s'agisse de forces armées gouvernementales ou non gouvernementales (consid. 2.3.2.2).

Conditions de l'état de nécessité licite au sens de l'art. 17 al. 1 CPM (non réalisé en l'espèce ; consid. 3.2).

**Fatti:**

**A.**

a) X. \_\_\_\_\_ è nato a G. \_\_\_\_\_ il (...) da una famiglia di origine siriana. Egli ha trascorso la sua infanzia e la sua adolescenza a L. \_\_\_\_\_; si è poi trasferito da alcuni parenti in Svezia, dove è stato attivo quale volontario per l'emittente televisiva (...) TV, che si rivolge al popolo assiro-caldeo-siriano, presente in Svezia con una grande comunità. Nel 2006 è tornato in Svizzera e ha cominciato ad adempiere i propri obblighi militari quale fuciliere di montagna, dai quali è stato prosciolto con il grado di sergente nel 2012. Tra un impegno militare e l'altro, egli si è recato regolarmente in Svezia per operare quale volontariato presso la predetta emittente televisiva.

b) Il 6 giugno 2012 X. \_\_\_\_\_ è partito dalla Svizzera in direzione della Siria, che ha raggiunto il 25 giugno susseguente attraverso il confine turco-siriano grazie a un visto di transito turistico della durata di tre mesi, poi prolungato fino al 24 dicembre 2012. Alla scadenza dello stesso egli è rimasto in Siria senza statuto regolare a causa del conflitto esistente. Lì è stato attivo a Derik quale istruttore unico dell'addestramento presso l'accademia militare del Consiglio militare Siriaco («*Syriac Military Council*»; in seguito: «SMC»), ed ha partecipato ad operazioni che avvenivano sul fronte congiuntamente e insieme con l'YPG (Unità di protezione del popolo, Yekîneyên Parastina Gel, legata al Partito dell'unione democratica PYD), un'altra forza

combattente attiva in quella regione e con cui l'SMC aveva stretto un'alleanza. In particolare, egli ha addestrato e valutato le competenze e le attitudini degli aspiranti combattenti in fase di reclutamento, affinché altre persone potessero decidere definitivamente sulla loro ammissione nelle fila dell'SMC. Al fronte, egli ha rivestito in combattimento un ruolo di condotta, dirigendo i soldati dell'SMC, operando con i comandanti dell'YPG, subentrando talvolta a piani già stabiliti da altri e conducendo sul terreno i combattenti a lui assegnati; ha preso parte a combattimenti contro le forze dello Stato islamico ISIS e del fronte al-Nusra nella zona di confine tra Siria, Turchia e Irak; ha amministrato armi e munizioni dei suoi sottoposti e si è occupato pure di attività di check-points. Egli era inoltre in contatto con il portavoce dell'SMC, e la comunicazione delle informazioni verso l'Europa avveniva per il suo tramite, in base a decisioni adottate dai suoi superiori. Nell'SMC vigeva una gerarchia, all'interno della quale egli partecipava a riunioni di rapporto e poteva fare carriera militare.

c) Il 30 gennaio 2014 X.\_\_\_\_\_ ha comunicato a H.\_\_\_\_\_ di rischiare fino a tre anni di prigione se si fosse saputo quanto stava facendo in Siria.

d) L'accusato ha lasciato la Siria il 4 febbraio 2015, transitando dal confine siriano-iracheno di Semalka; quindi ha raggiunto Stoccolma e fatto rientro in Svizzera il 25 febbraio 2015.

## **B.**

Frattanto, a seguito di numerosi articoli apparsi sulla stampa nazionale e internazionale, in cui si riportava che X.\_\_\_\_\_, sergente dell'esercito svizzero, avrebbe militato in forze armate volte a combattere l'ISIS in Siria sotto la denominazione di Consiglio militare Siriaco, di cui sarebbe stato pure fondatore, nell'ottobre del 2014 l'Uditore in capo ha avviato un'inchiesta.

## **C.**

Il 6 aprile 2018 l'Uditore della Regione uditori 3 (in seguito: «Uditore») ha promosso contro X.\_\_\_\_\_ l'accusa di ripetuto servizio straniero e di ripetuto tentato servizio straniero (art. 94 cpv. 1 e cpv. 3 del Codice penale militare del 13 giugno 1927 [CPM]), in parte in correlazione con l'art. 21 cpv. 1 CPM) per essersi arruolato, come svizzero, in un esercito straniero senza il permesso del Consiglio federale, per aver ripetutamente arruolato e tentato di arruolare uno svizzero per il servizio militare straniero e per averne ripetutamente favorito e tentato di favorirne l'arruolamento, in particolare per avere – fra l'8 gennaio 2013 e il 4 febbraio 2015 – creato, gestito e combattuto con e per l'esercito straniero Consiglio militare Siriaco (SMC) in Siria (armata strutturata militarmente, con gerarchia militare e dotata di uniformi), pur non disponendo di alcun permesso valido da parte del Consiglio federale svizzero, e per avere nel contempo, in correttezza con H.\_\_\_\_\_, arruolato e tentato di arruolare un numero imprecisato di cittadini svizzeri per un servizio militare con e per l'esercito straniero SMC in Siria rispettivamente per aver favorito l'arruolamento e tentato di favorire l'arruolamento di un numero imprecisato di cittadini svizzeri nell'esercito straniero SMC in Siria.

## **D.**

Con sentenza del 22 febbraio 2019 il Tribunale militare 3 ha assolto X.\_\_\_\_\_ dall'accusa di ripetuto servizio straniero e ripetuto tentato servizio straniero secondo

l'art. 94 cpv. 3 CPM, l'ha ritenuto colpevole di ripetuto servizio straniero e ripetuto tentato servizio straniero secondo l'art. 94 cpv. 1 CPM e l'ha condannato a una pena pecuniaria di 90 aliquote giornaliere di fr. 50.-- ciascuna, pari a fr. 4500.--, sospesa condizionalmente per tre anni, e a una multa di fr. 500.--.

**E.**

Il 22 febbraio 2019 l'accusato e il 26 febbraio 2019 l'Uditore hanno interposto appello contro la sentenza del Tribunale militare 3. Statuendo il 25 marzo 2021 il Tribunale militare di appello 3 (TMA 3) ha respinto l'appello dell'Uditore e ha parzialmente accolto quello dell'accusato, condannandolo a una pena pecuniaria di 70 aliquote giornaliere di fr. 50.-- ciascuna, pari a fr. 3'500.--, sospesa condizionalmente per tre anni, e a una multa di fr. 500.--. In estrema sintesi il TMA 3 ha applicato l'art. 94 CPM attualmente in vigore, senza alcuna relativizzazione; ha reputato l'SMC un esercito straniero secondo tale norma, ha ammesso il presupposto oggettivo dell'arruolamento, ha constatato che il Consiglio federale non aveva autorizzato l'agire dell'imputato, ha accertato l'intenzionalità di quest'ultimo e ha escluso uno stato di necessità esimente.

**F.**

Il 29 marzo 2021 l'accusato ha annunciato di voler interporre un ricorso per cassazione contro la sentenza del TMA 3. L'8 luglio 2022 il TMA 3 ha intimato alle parti la sentenza motivata, che è stata loro notificata l'11 luglio susseguente. Il 2 agosto 2022 l'imputato ha motivato il suo ricorso e chiesto l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio degli atti al TMA 3 per nuova decisione. L'Uditore ha proposto il rigetto del ricorso, mentre il Presidente del TMA 3 si è rimesso al giudizio di questa Corte.

**Diritto:**

**1.**

1.1. Contro la sentenza del TMA 3 è ammesso il ricorso in cassazione (art. 184 cpv. 1 lett. a della Procedura penale militare del 23 marzo 1979 [PPM]). La cassazione può essere chiesta dall'accusato e dal suo difensore (art. 186 cpv. 1 PPM). Quest'ultimo ha annunciato il ricorso in tempo utile (art. 186 cpv. 2 PPM) e lo ha motivato il 2 agosto 2022, vale a dire entro il termine di 20 giorni che è scaduto il 31 luglio 2022, una domenica, e si è protratto sino al 2 agosto 2022, visto che il lunedì 1. agosto 2022 era un giorno festivo riconosciuto dal diritto nazionale e cantonale (art. 187 cpv. 1 combinato con gli art. 46 cpv. 1 PPM 110 cpv. 3 Cost. e 1 della Legge concernente i giorni festivi ufficiali nel Cantone Ticino [R.L. 843.200]).

1.2. Secondo l'art. 189 cpv. 2 PPM il Tribunale militare di cassazione (TMC) esamina soltanto le conclusioni proposte. Se la cassazione si fonda sull'art. 185 cpv. 1 lett. a, b o c PPM, si tiene conto solo dei fatti citati nel ricorso per cassazione (cpv. 3). Per i ricorsi per cassazione fondati sull'art. 185 cpv. 1 lett. d, e o f PPM, il TMC non è vincolato dalla motivazione del ricorso (cpv. 4). Nei procedimenti dinanzi al TMC vale il principio dell'allegazione qualificata («*Rügeprinzip*»). Ciò significa che il ricorrente deve indicare con precisione, con riferimento al motivo di cassazione, quali disposi-

zioni si ritengono violate e in che modo la sentenza impugnata commetterebbe la violazione (STMC 14 n. 27 consid. 2).

In concreto il ricorrente fa valere una violazione dell'art. 94 CPM (cfr. sotto, consid. 2) e dell'art. 17 CPM (cfr. sotto, consid. 3).

## 2.

Il ricorrente contesta l'applicazione dell'art. 94 CPM e afferma che il concetto di «esercito straniero» andrebbe interpretato in modo restrittivo.

### 2.1.

2.1.1. Riguardo all'applicazione dell'art. 94 CPM, la Corte di appello militare ha considerato che, per il principio della separazione dei poteri e in base alle competenze sancite dalla Costituzione federale, al parlamento compete l'attività legislativa, mentre ai tribunali quella di applicare le leggi in vigore. L'annullamento delle decisioni di applicazione dell'art. 94 cpv. 1 CPM emanate con riferimento alla guerra civile spagnola è stato deciso dal parlamento con l'introduzione della legge federale del 20 marzo 2009 sulla riabilitazione dei volontari della guerra civile spagnola (RS 321.1). Certo, essa ha proseguito, nel rapporto su tale legge la Commissione parlamentare degli affari giuridici del Consiglio nazionale ha indicato che l'obiettivo di quella normativa era quello di dare un peso maggiore alla lotta per la democrazia rispetto all'applicazione del Codice penale militare; quella legge, tuttavia, non era generalizzata a qualsiasi conflitto, ma riguardava la guerra civile spagnola, e con la stessa non si voleva «assolutamente rimettere in questione o dare una nuova valutazione del divieto di servire i ranghi di un esercito straniero sancito dall'art. 94 CPM» (FF 2008, pag. 7898). Il TMA 3 ha dunque applicato l'art. 94 CPM nel suo tenore ancora oggi in vigore e ha soggiunto di non poter sindacare sui contenuti del concetto di democrazia e sul peso che i valori democratici possano avere nel giudizio sulla posizione di una o dell'altra parte contendente in un conflitto, in particolare in quello siriano in cui si era sviluppata la fattispecie. Simili valutazioni – ha proseguito – non spettano all'autorità giudiziaria, chiamata a giudicare sulla base del principio della legalità, ma semmai al parlamento, come è accaduto per il conflitto civile spagnolo. Neppure la legge federale del 12 dicembre 2014 che vieta i gruppi «Al-Qaïda» e «Stato islamico» nonché le organizzazioni associate (RS 122) permette di limitare in concreto l'applicazione dell'art. 94 cpv. 1 CPM, giacché quella legge mira a salvaguardare l'interesse pubblico alla protezione dalla minaccia del terrorismo e non può giustificare di per sé la commissione di alcun reato, né la violazione del divieto di prestare servizio in un esercito straniero. L'applicazione dell'art. 94 CPM non può neppure essere disattesa, né relativizzata sulla base di valutazioni inerenti all'evoluzione dell'organizzazione dell'esercito svizzero, ad es. alla riduzione dei suoi effettivi, dato che in caso di grave necessità ancora oggi tutti i cittadini svizzeri possono essere obbligati a prestare servizio per la difesa del Paese (art. 79 cpv. 2 della Legge federale sull'esercito e sull'amministrazione militare del 3 febbraio 1995 (Legge militare; LM) ed è perciò possibile indebolirne la forza difensiva arruolandosi in un esercito straniero (cfr. sentenza impugnata, pag. 10 seg. consid. V).

2.1.2. Rammentata la nozione di «esercito straniero», in cui, oltre all'esercito regolare di uno Stato, rientra qualsiasi formazione combattente organizzata militarmente, il TMA 3 ha rilevato che l'indebolimento della forza difensiva dell'esercito svizzero si realizza con l'assoggettamento dell'autore al potere del comando militare straniero

indipendentemente dal fatto che ciò avvenga in un esercito regolare di un determinato Stato o in altre formazioni con analoga organizzazione militare. Ciò premesso, il TMA 3 ha ritenuto l'SMC un esercito straniero secondo l'art. 94 cpv. 1 CPM: si tratta di una forza militare affiliata a un partito politico, costituita per difendere con le armi la popolazione siriano-cristiana nel territorio del Nord della Siria dal regime governativo siriano e dalle organizzazioni jihadiste, composta di combattenti volontari (per l'accusato circa 400 / 500 unità e per la polizia giudiziaria federale circa 800 / 1000 unità), equipaggiati con divisa militare riportante un emblema distintivo e dotati di armi leggere. L'SMC dispone di un'organizzazione articolata in più unità strutturali e di competenza, con una ripartizione dei ruoli e con una gerarchia. Le sue forze al fronte agivano in base a piani prestabiliti ed erano organizzate in gruppi di combattenti più o meno numerosi, sottoposti al comando di una o più persone, tra cui l'accusato stesso. Costui aveva un ruolo di condotta, ma soggiaceva pure alle decisioni di altri sia riguardo agli uomini che gli venivano assegnati, sia riguardo ai piani di combattimento, stabiliti da altri. L'SMC comprendeva anche unità di reclutamento, che adottavano procedure predefinite per la registrazione e l'analisi dei candidati; l'ammissione definitiva nell'SMC avveniva dopo una prima fase di formazione e una valutazione. A Derik la forza militare disponeva di un centro di addestramento, in cui l'accusato fungeva da istruttore. L'SMC era dotato di un arsenale centralizzato, di un centro di sicurezza a Tel Tamer per la detenzione dei prigionieri, e di un *mediacenter* con un suo portavoce (cfr. sentenza impugnata, pag. 4-6 consid. II, e pag. 12-16, consid. VI e VII.2).

2.2. Secondo l'art. 94 cpv. 1 CPM, se uno Svizzero si arruola in un esercito straniero senza il permesso del Consiglio federale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

2.2.1. L'art. 94 CPM è inserito nel Capo quinto del Codice penale militare concernente i reati contro la difesa nazionale e contro la forza difensiva del Paese e fa parte delle norme che riguardano l'indebolimento della forza difensiva del Paese (art. 94 seg. CPM). L'art. 94 CPM è un reato di messa in pericolo astratto e protegge più beni giuridici: per prima cosa la forza difensiva del Paese (cfr. marginale dell'art. 94 CPM), che concerne non solo l'ambito militare, ma che riguarda tutti gli ambiti della difesa militare e civile del Paese; in secondo luogo, i buoni rapporti della Confederazione svizzera verso gli altri Stati e la politica svizzera in materia di neutralità (cfr. STMC 3 n. 10, pag. 23 consid. C; 3 n. 24, pag. 52 consid. B in fine; Flachsmann/Fluri/Isenring/Maurer/Wehrenberg, *Tafeln zum Militärstrafrecht*, 4<sup>a</sup> edizione 2019, tavola 99, pag. 178 nota 1; Widmer/Stähli, *Der Eintritt in fremden Militärdienst gemäss Art. 94 MStG*, in: *Sicherheit Recht* 3/2016, pag. 169-170; Stefan Wehrenberg, *Fremder Militärdienst*, in: *INFOA* 2014, pag. 28 seg., 30; Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, San Gallo 1992, n. 2 ad art. 94 CPM; Kurt Hauri, *Militärstrafgesetz – Kommentar*, Berna 1983, n. 3 ad art. 94 CPM; Beat Fenner, *Der Tatbestand des Eintritts in fremden Militärdienst*, Zurigo 1973, pag. 42 seg., 44; Hans Bachofner, *Die militärische Stellung des Schweizers im Ausland*, Winterthur 1958, pag. 71; F. H. Comtesse, *Kommentar MStG*, Zurigo 1946, n. 1 e 3 ad art. 94 CPM; Eduard Schräfli, *Unerlaubter Eintritt in fremden Militärdienst und Werbung für fremden Militärdienst nach schweizer. Recht*, Zurigo 1941, pag. 39-41). Secondo una parte della dottrina, tale disposizione è motivata anche da ragioni di politica sociale e sanitaria: non di rado, infatti, chi torna dal servizio militare non riesce quasi più a inserirsi nella società civile. Altri obiettivi più tradizionali, che avevano già portato a

parziali divieti, soprattutto dell'arruolamento, erano evitare che gli svizzeri si combattessero tra loro in palcoscenici di guerra stranieri e che tornassero a casa feriti o malati, diventando un peso per la pubblica assistenza (cfr. Widmer/Stähli, op. cit., pag. 170; Wehrenberg, op. cit., pag. 30; Popp, op. cit., n. 2 ad art. 94 CPM; Fenner, op. cit., pag. 49; Schrämli, op. cit., pag. 40-41).

2.2.2. Per arruolamento in un «esercito straniero» si intende non solo quello in un esercito straniero regolare o in una unità armata affiliata a un esercito straniero, ma anche quello in una qualsiasi formazione combattente organizzata militarmente, sia essa al fronte o nelle retrovie, ma anche in una milizia rivoluzionaria o appartenente a partiti politici, in una milizia di mercenari o di volontari, o in una milizia clandestina di governi in esilio. Decisivo è il fatto che al suo interno si sia sottoposti al potere del comando straniero (cfr. STMC n. 5 n. 31, pag. 41; Flachsmann/Fluri/Isenring/Maurer/Wehrenberg, op. cit., tavola 99, pag. 178 nota 4; Widmer/Stähli, op. cit., pag. 172; Popp, op. cit., n. 6 ad art. 94 CPM; Hauri, op. cit., n. 5-6 ad art. 94 CPM; Fenner, op. cit., pag. 58-59; Bachofner, op. cit., pag. 73; F. H. Comtesse, op. cit., n. 1 e 3 ad art. 94 CPM; Schrämli, op. cit., pag. 52 seg., 57; Wehrenberg, op. cit., pag. 28, il quale cita ad es. il servizio presso l'Hêzên Parastina Gel [Forze di Difesa del Popolo] quale braccio armato del Partito dei Lavoratori del Kurdistan [PKK], e il sostegno attivo dell'IS). Non è decisivo se il servizio è reso per motivi finanziari, ideali, religiosi o di altra natura (cfr. Wehrenberg, op. cit., pag. 29; Hauri, op. cit., n. 6 ad art. 94 CPM). Secondo la giurisprudenza del TMC è considerato servizio militare all'estero quello svolto in opifici militari stranieri (STMC 3 n. 24, pag. 52 consid. B), in un ufficio d'ingaggio e di collocamento estero (STMC 5 n. 15 pag. 18 consid. 1), in un servizio sanitario affiliato a un esercito straniero, se la persona che presta il servizio resta soggetto al potere militare (STMC 5 n. 31, pag. 41), oppure presso le «Forces Françaises de l'Interieur» (cfr. sentenza del Tribunale militare di cassazione del 21 agosto 1945 i. S. Hentsch, citata da Comtesse, pag. 229; Bachofner, op. cit., pag. 73 nota 14, il quale precisa che le FFI erano divenute parte integrante dell'esercito francese).

Nell'esaminare se un servizio prestato in un Paese straniero debba essere considerato come servizio militare, non ci si può concentrare solo sul fatto che il servizio in questione sia considerato al pari del servizio militare in Svizzera, né sul fatto che il servizio di cui si tratta sia a sua volta ritenuto servizio militare all'estero. E questo perché alcune organizzazioni, come le unità di combattimento dei partiti politici, le formazioni volontarie, i movimenti clandestini organizzati militarmente dai governi in esilio ecc. non sono riconosciuti dalla nostra legge. Il diritto svizzero non può d'altronde basare la propria interpretazione di concetti giuridici esclusivamente su condizioni e leggi straniere (cfr. Comtesse, op. cit., n. 3 ad art. 94 CPM; Bachofner, op. cit., pag. 73-74).

## 2.3.

2.3.1. Il ricorrente fa valere una violazione del principio della legalità, a suo dire violato quando un individuo è perseguito penalmente in ragione di un comportamento che non è contemplato dalla legge o quando l'applicazione del diritto penale a un atto determinato risulta da un'interpretazione della norma penale che eccede ciò che è ammissibile, avuto riguardo ai principi generali del diritto penale, oppure quando un individuo è perseguito in applicazione di una norma penale che non ha alcun fondamento giuridico. La forza difensiva svizzera tutelata dall'art. 94 CPM non sarebbe più un bene giuridico prioritario in Svizzera, viste le riforme dell'esercito

svizzero, e tale norma penale non proteggerebbe la neutralità elvetica, ma solo e se mai la garanzia che la Svizzera possa mantenere i suoi affari economici con le parti in conflitto. In base a un'interpretazione storica attualizzata, l'art. 94 CPM, il quale non avrebbe lo scopo di condannare a priori chi combatte per la democrazia, andrebbe interpretato in modo restrittivo, tenuto conto delle attuali circostanze (DTF 83 IV 121 consid. 2).

2.3.1.1. Il ricorrente riconosce che l'art. 94 CPM tutela (almeno) la forza difensiva del Paese (cfr. ricorso, pag. 10 in alto). Contesta, invece, che tale norma protegga la «neutralità» elvetica.

La critica non può essere condivisa. Per prima cosa è bene ricordare che la forza difensiva del Paese concerne tutti gli ambiti della difesa militare e civile del Paese (cfr. sopra, consid. 2.2.1). L'art. 94 CPM tutela anche i buoni rapporti della Confederazione svizzera verso gli altri Stati (cfr. Flachsmann/Fluri/Isenring/Maurer/ Wehrenberg, op. cit., tavola 99, pag. 178 nota 1; Wehrenberg, op. cit., pag. 30-31; Popp, op. cit., n. 2 ad art. 94 CPM; Hauri, op. cit., n. 3 ad art. 94 CPM; Fenner, op. cit., pag. 46-49; Comtesse, op. cit., n. 1 ad art. 94 CPM; Schrämli, op. cit., pag. 40-41), ciò che raffigura uno dei compiti principali della politica svizzera di neutralità (cfr. Bachofner, op. cit., pag. 71; sui compiti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale in materia di sicurezza esterna, di indipendenza e di neutralità: art. 173 cpv. 1 lett. a e 185 Cost.), e persegue obiettivi di politica sociale e sanitaria, che sono tuttora attuali (cfr. sopra, consid. 2.2.1).

2.3.1.2. Nella fattispecie il ricorrente ha ammesso di aver «dato una mano dal punto di vista organizzativo e militare, in particolare in relazione all'esperienza che avevo in questo campo» all'SMC, che «rappresenta il braccio armato di SUP», ossia del Partito dell'Unione siriana (cfr. sentenza impugnata, pag. 5 consid. II). La Corte di appello militare ha inoltre accertato che egli ha tra l'altro diretto uno dei tre battaglioni dell'SMC, cioè il battaglione Martyr Abgar, e che si è occupato dell'istruzione di combattenti presso l'accademia Martyr Abgar di Derik (cfr. sentenza impugnata, pag. 6 consid. II). Con il suo agire il ricorrente (cittadino svizzero che ha svolto il servizio per il pagamento del grado di sergente ed è stato prosciolto dagli obblighi militari a fine 2012; cfr. sentenza impugnata, pag. 3 consid. I) ha violato l'art. 94 CPM e ha messo a repentaglio sia la forza difensiva del Paese, sia il mantenimento dei buoni rapporti della Confederazione svizzera con altri Stati. In simili condizioni, a ragione la Corte di appello militare ha applicato l'art. 94 CPM.

2.3.2. A detta del ricorrente l'art. 94 CPM non servirebbe a punire chi combatte per la democrazia e la nozione di esercito straniero andrebbe interpretata in modo restrittivo. A suo dire, poi, l'SMC «è/era un gruppo armato privato nato a causa di un'aggressione di un altro gruppo armato privato».

2.3.2.1. Ora, laddove afferma che l'SMC sarebbe o sarebbe stato un gruppo armato privato nato da un'aggressione di un altro gruppo armato privato, egli pare contestare i fatti accertati dalla Corte di appello militare, limitandosi ad opporre la propria versione dei fatti, in modo del tutto appellatorio, agli accertamenti dell'autorità di appello. Carente di motivazione, sotto questo profilo il ricorso si avvera inammissibile (cfr. STMC 14, n. 9 consid. 2c/aa-2c/bb).

2.3.2.2. Secondo il ricorrente per «esercito» straniero giusta l'art. 94 CPM è da intendersi solo un «esercito regolare», non le «forze armate irregolari».

2.3.2.2.1. La legge è interpretata in primo luogo secondo il suo tenore letterale (cfr. STMC 3 n. 24, pag. 52 consid. B). Se il testo non è assolutamente chiaro, se sono

possibili più interpretazioni, si deve ricercare la vera portata della norma, facendo capo a tutti gli elementi da considerare, in particolare ai lavori preparatori (interpretazione storica), allo scopo della norma, al suo spirito, nonché ai valori su cui si basa, in particolare all'interesse protetto (interpretazione teleologica) o al suo rapporto con altre norme di legge (interpretazione sistematica). Il TMC, come il Tribunale federale, non privilegia un particolare metodo di interpretazione, ma segue un pluralismo pragmatico per trovare il vero significato della norma; si affida a un'interpretazione letterale del testo solo se questa porta senza ambiguità a una soluzione materialmente corretta (cfr. per l'interpretazione storica: STMC 8 n. 10, pag. 14 consid. 3; per l'interpretazione letterale e sistematica STMC 8 n. 12, pag. 19-20 consid. 3; per l'interpretazione teleologica: STMC 8 n. 39, pag. 90 consid. 3; v. anche DTF 147 IV 297 consid. 2.3.1, pag. 317 con riferimenti).

2.3.2.2.2. Da un'analisi letterale del termine «esercito» (in tedesco: «Militärdienst», in francese: « armée ») si evince che lo stesso definisce sia un «complesso delle forze armate di uno Stato costituito con arruolamento di parte della popolazione (che viene istruita, organizzata, ordinata, equipaggiata, vettovagliata, armata, in vista di eventuali guerre)», sia un «corpo militare agli ordini di un comandante che ne ha la piena responsabilità (ed è destinato a operare per un particolare scopo in una determinata zona)» (cfr. Salvatore Battaglia, Grande Dizionario della lingua italiana Vol. V, Torino 1995, pag. 339, voce: «esercito», in: <https://www.gdli.it/>, consultato il 28 ottobre 2022), sia un «insieme di truppe organizzato gerarchicamente e dotato di autonomia operativa» (cfr. Tullio De Mauro, Grande dizionario italiano dell'uso, Vol. II, Torino 1999, pag. 931, voce: «esercito»; per il termine francese, cfr. <https://grandrobert.lerobert.com>, voce: « armée », consultato il 19 ottobre 2022, « Réunion importante de troupes assemblées pour combattre, pour faire la guerre » e « L'ensemble des forces militaires d'un État; le service public qui a pour objet d'assurer, par l'entretien de forces organisées, la protection des intérêts d'un État, à l'intérieur ou à l'extérieur de ses frontières »). Da un profilo letterale, pertanto, «esercito» significa sia «complesso delle forze armate di uno Stato», sia corpo militare agli ordini di un comandante che ne ha la piena responsabilità. La versione tedesca dell'art. 94 CPM utilizza il termine «Militärdienst», cioè «servizio militare» (in francese: « service militaire »), che è ripreso nella marginale dell'art. 94 CPM: «fremder Militärdienst», e anche in quelle italiana («Servizio straniero») e francese (« Service militaire étranger »). L'espressione «servizio militare» evidenzia la prestazione militare in sé, ossia «che è propria e caratteristica delle forze armate» (cfr. Salvatore Battaglia, Grande Dizionario della lingua italiana Vol. X, Torino 1994, pag. 400, voce: «militare», in: <https://www.gdli.it/>, consultato il 28 ottobre 2022), e non presuppone che il servizio militare debba essere assolto in un esercito di uno Stato estero.

Il Messaggio del Consiglio federale del 26 novembre 1918 non offre spunti di rilievo per interpretare la nozione di «esercito» secondo l'art. 94 CPM (cfr. Messaggio del Consiglio federale sopra un progetto di Codice penale militare del 26 novembre 1918, pubblicato in: FF 1918 II, pag. 281 seg.). Dai dibattiti parlamentari riguardanti l'adozione del Codice penale militare del 13 giugno 1927 si evince nondimeno la volontà del legislatore di ancorare nella legge il principio per cui, in considerazione del rapporto e dei doveri dello Svizzero verso il proprio Paese e della posizione della Confederazione nei confronti degli altri Stati, vi è una violazione della dignità dello Svizzero e della posizione internazionale e neutrale della Svizzera se i cittadini svizzeri fuggono per servire in guerre straniere (cfr. Consigliere agli Stati Bolli, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1921 V, pag. 456, discussione dell'8 dicembre 1921, in: <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch>, consultato il

22 ottobre 2022). Si era inoltre osservato che la legge federale del 30 luglio 1859 concernente l'arruolamento e l'entrata in un servizio militare straniero (Bundesgesetz vom 30. Juli 1859 betreffend die Werbung und den Eintritt in den fremden Kriegsdienst) prevedeva il divieto dell'entrata nelle truppe di Paesi stranieri che non erano considerate truppe nazionali dello Stato interessato (cfr. Consigliere agli Stati Bolli, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1921 V, pag. 457, discussione dell'8 dicembre 1921, in: <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch>, consultato il 22 ottobre 2022; Widmer/Stähli, op. cit., pag. 169, 180-181; Schrämli, op. cit., pag. 33-35).

Dal profilo teleologico, si osserva che l'art. 94 CPM tutela sia la forza difensiva del Paese, che - come affermato poc'anzi - riguarda tutti gli ambiti della difesa militare e civile del Paese, sia i buoni rapporti della Confederazione svizzera con altri Stati, e persegue nel contempo obiettivi sociali e sanitari (cfr. sopra, consid. 2.2.1). Ciò posto, per «esercito straniero» secondo l'art. 94 CPM occorre intendere ogni formazione armata combattente con scopi militari i cui membri sono sottoposti al potere di un comando straniero, senza distinguere se si tratti di forze armate di uno Stato oppure di forze armate non statali. Tale interpretazione è coerente con il senso più ampio dei termini «esercito» e «armée» e di quello in tedesco «Militärdienst», e non si scontra con gli intendimenti del legislatore, che mirava soprattutto a vietare il coinvolgimento di Svizzeri in conflitti esteri, senza distinguere il tipo di forza combattente entrante in linea di conto. Visti i beni giuridici protetti e gli scopi perseguiti da tale disposizione, non vi è ragione per reputare un «esercito» straniero secondo l'art. 94 CPM solo quello «regolare» di uno Stato. Determinante è il fatto di arruolarsi in una forza combattente estera che si prefigge di combattere con le armi per un particolare scopo e in una determinata zona, e nel contempo di sottoporsi al comando di quella organizzazione armata straniera (cfr. Fenner, op. cit., pag. 58-59; Bachofner, op. cit., pag. 73; Schrämli, op. cit., pag. 52 seg., 55-56).

2.3.2.2.3. In definitiva, nella nozione di esercito straniero rientrano anche le formazioni combattenti organizzate militarmente, siano esse al fronte o nelle retrovie, milizie rivoluzionarie o appartenenti a partiti politici, milizie di mercenari o di volontari, o milizie clandestine di governi in esilio, i cui membri sono subordinati al potere di un comando straniero. A torto, dunque, il ricorrente pretende di escludere dalla nozione di «esercito» ai sensi dell'art. 94 CPM le «milizie» – che altro non sono che un «insieme di uomini armati, organizzati in un'unità militare e addestrati per la guerra con mansioni generiche o con incarichi e compiti specifici, relativi alla funzione esercitata, alla località o al territorio di impiego e alle tecniche belliche adottate sia all'interno sia all'esterno di un esercito regolare» (cfr. Salvatore Battaglia, op. cit. Vol. X, pag. 403, voce: «milizia», in: <https://www.gdli.it>, consultato il 28 ottobre 2022; Tullio De Mauro, Grande dizionario italiano dell'uso, Vol. IV, Torino 1999, pag. 203, voce: «milizia») – o le «forze armate irregolari». In simili condizioni, non soccorre invocare la Legge federale sulla riabilitazione dei volontari della guerra civile spagnola del 20 marzo 2009, poiché essa concerne una precisa pagina storica: quella della lotta dei volontari Svizzeri a fianco dei repubblicani in Spagna (cfr. FF 2008, pag. 7894), e perché quella riabilitazione non voleva assolutamente rimettere in questione o dare una nuova valutazione del divieto di servire nei ranghi di un esercito straniero (cfr. FF 2008, pag. 7898). Al riguardo, pertanto, la sentenza impugnata resiste alla critica.

2.3.2.3. Il ricorrente allude a recenti dichiarazioni del Presidente della Confederazione svizzera, secondo le quali la Svizzera avrebbe una «comprensione cooperativa della neutralità» e la solidarietà con l'agredito sarebbe «la stella polare della politica di neutralità svizzera». Il TMC, tuttavia, è vincolato ai fatti accertati dall'istanza prece-

dente e nuovi fatti – incluse le dichiarazioni del Presidente della Confederazione – che si scostano da quelli accertati dal TMA 3, non sono di principio ammissibili davanti al TMC (cfr. STMC 14 n. 17 consid. 2 e 5c; cfr. André Moser, in: Wehrenberg e altri [a cura di], Kommentar MStP, Berna 2008, n. 6 e 11 alle osservazioni preliminari agli art. 184-194 PPM; Theo Bopp, in: Wehrenberg e altri [a cura di], Kommentar MStP, Berna 2008, n. 3 ad art. 185 PPM). Il rimedio è dunque in proposito inammissibile.

### 3.

L'accusato sostiene di aver agito in uno stato di necessità esimente (art. 17 cpv. 1 CPM).

3.1. Nel vagliare l'argomento dello stato di necessità esimente, il TMA 3 ha valutato il presupposto della sussidiarietà nell'ottica del reato prospettato all'accusato, indagando se, per preservare il bene giuridico minacciato, costui avesse quale unica possibilità quella di arruolarsi nell'SMC. Tale valutazione, essa ha precisato, non si estendeva invece ad altri atti, quali ad es. quello di aver imbracciato le armi e combattuto contro i gruppi jihadisti, peraltro non oggetto del procedimento. Per la Corte di appello militare, malgrado la minaccia dei gruppi terroristici, l'accusato non si era trovato costretto ad arruolarsi nelle fila dell'SMC per proteggere la sua incolumità, né quella della popolazione cristiano-siriaca, né le proprietà di questa nel Nord della Siria. L'SMC, come altre forze armate che si erano contrapposte con le armi all'offensiva jihadista (ad es. l'YPG), si era formato e aveva combattuto respingendo gli attacchi di al-Nusra e IS indipendentemente dalla partecipazione dell'accusato tra le sue fila. Nel periodo da gennaio 2013 fino al suo rientro dell'accusato in Svizzera, nel Nord della Siria l'SMC, insieme con le altre forze militari presenti, poteva difendere i predetti beni giuridici anche senza l'accusato. L'arruolamento di quest'ultimo nell'SMC, avvenuto quale volontario, non era indispensabile per la tutela di quei beni giuridici. All'accusato restavano altre alternative; come tutti gli altri civili nella regione, egli avrebbe potuto rimanere nelle retrovie, salvaguardando maggiormente la propria incolumità e occupandosi di dare sostegno alla popolazione, compresa quella cristiano-siriaca, attraverso attività di assistenza umanitaria; ciò che aveva già fatto in precedenza. Avrebbe insomma potuto sostenere l'SMC anche dall'esterno, come C. \_\_\_\_\_, che non ne aveva fatto parte ed era stato assolto dal reato di servizio straniero. Un aspetto quello della sussidiarietà, su cui l'accusato non aveva portato argomenti convincenti (cfr. sentenza impugnata, pag. 17 consid. VIII).

3.2. Secondo l'art. 17 cpv. 1 CPM chiunque commette un reato per preservare un bene giuridico proprio o un bene giuridico altrui da un pericolo imminente e non altrimenti evitabile agisce lecitamente se in tal modo salvaguarda interessi preponderanti.

3.2.1. L'art. 17 CPM (identico all'art. 17 CP) presuppone che l'autore abbia commesso un atto punibile al fine di preservare un bene giuridico di sua proprietà o di terzi da un pericolo imminente che non può essere altrimenti scongiurato. Il pericolo è imminente quando non è passato né futuro, ma è presente e concreto (cfr. STMC n. 11, n. 47, pag. 192 seg. consid. 1; Flachsmann/Fluri/Isenring/Maurer/Wehrenberg, op. cit., tavola 25, pag. 51 nota 2; Fenner, op. cit., pag. 83; v. anche DTF 147 IV 297 consid. 2.1, pag. 314 con rimandi). L'art. 17 CPM riguarda solo la tutela dei beni giuridici individuali; la tutela degli interessi collettivi o dello Stato è disciplinata

dall'art. 15 CPM (corrispondente all'art. 14 CP; cfr. Flachsmann/Fluri/Isenring/Maurer/Wehrenberg, op. cit., tavola 25, pag. 51 nota 3; v. anche DTF 147 IV 297 consid. 2.1, pag. 314 con rimandi). Il fatto che il pericolo non possa essere scongiurato in altro modo implica una sussidiarietà assoluta (STMC n. 11, n. 47, pag. 192 seg. consid. 1; Flachsmann/Fluri/Isenring/Maurer/Wehrenberg, op. cit., tavola 25, pag. 51 nota 6; Popp, op. cit., n. 14 ad art. 94 CPM; cfr. anche DTF 147 IV 297 consid. 2.1, pag. 314; 146 IV 297 consid. 2.2.1, pag. 303). La questione a sapere se tale condizione sia soddisfatta deve essere esaminata alla luce delle circostanze concrete (cfr. STMC 6, n. 85, pag. 218 consid. 3; DTF 147 IV 297 consid. 2.1, pag. 314; 122 IV 1 consid. 4, pag. 7). Lo stato di necessità esimente richiede che il bene giuridico preservato sia più prezioso del bene giuridico violato dall'autore («proporzionalità», cfr. Hauri, op. cit., n. 7 ad art. 26 vCPM; Flachsmann/Fluri/Isenring/Maurer/Wehrenberg, op. cit., tavola 25, pag. 51 nota 7; Fenner, op. cit., pag. 86, secondo cui lo stato di necessità è lecito solo se la vita dell'autore è in pericolo e negli altri casi, come ad es. minaccia della libertà, dell'onore, dell'esistenza economica, è dato uno stato di necessità disculpante, se non si può esigere dall'autore una rinuncia al bene giuridico).

3.2.2. Il TMC ha ad es. ammesso uno stato di necessità esimente se l'autore rispetta un ordine di arruolamento di una potenza straniera, per evitare l'internamento in un campo di concentramento (STMC 5 n. 59, pag. 76 consid. 2; Hauri, op. cit., n. 28 ad art. 94 CPM); se il legionario, in caso di mancato rinnovo dell'arruolamento, è degradato e internato (STMC 5 n. 61, pag. 80 consid. 4; Hauri, op. cit., n. 28 ad art. 94 CPM), o se l'autore (che si è arruolato nell'esercito degli Stati Uniti d'America) rischia di perdere il diritto all'ottenimento della cittadinanza americana e di non ricevere più un permesso d'entrata quale immigrato dopo la partenza da quel Paese (STMC 6 n. 85, pag. 217 consid. 3; Hauri, op. cit., n. 28 ad art. 94 CPM). Lo stato di necessità non è invece stato ammesso nel caso in cui l'autore ha agito su ordine di uno Stato straniero (STMC 5 n. 59, pag. 76 consid. 1), o se la mancata entrata in servizio avrebbe vanificato solo i piani futuri del milite, che avrebbe dovuto rinunciare alla possibilità di diventare cittadino americano, e se gli svantaggi sarebbero stati solo di natura economica (STMC 6 n. 102, pag. 249 consid. 2; Hauri, op. cit., n. 29 ad art. 94 CPM).

3.3. Secondo il ricorrente il TMA 3 avrebbe violato l'art. 17 cpv. 1 CPM. All'imputato non potrebbe essere imposto l'onere della prova riguardo alla sussistenza di motivi giustificativi, bastando che egli ne renda almeno verosimile l'esistenza. In concreto, poi, la Corte d'appello militare avrebbe dato atto implicitamente dell'esistenza di un pericolo imminente, che sarebbe così adempiuto. Essa, però, avrebbe a torto negato l'esistenza del presupposto della sussidiarietà assoluta. Concludendo che l'accusato avrebbe potuto rimanere nelle retrovie e sostenere l'SMC dall'esterno, la Corte di appello militare avrebbe rovesciato in modo illegittimo l'onere della prova, poiché l'imputato non dovrebbe dimostrare l'esistenza di motivi giustificativi, ma solo renderli verosimili. La perizia versata agli atti fornirebbe le alternative percorribili in astratto e spiegherebbe perché la situazione in cui si trovava l'imputato, costituiva uno stato di necessità, e perché egli non avrebbe avuto valide alternative. Il giudizio impugnato, ad ogni buon conto, non sarebbe sufficientemente motivato e violerebbe il principio secondo cui spetta all'accusa dimostrare le soluzioni alternative.

3.3.1. Laddove il ricorrente rimprovera alla Corte d'appello militare di non aver sufficientemente motivato la propria decisione, si rammenta che la motivazione scritta della sentenza deve informare le parti sulle considerazioni del tribunale relative all'accertamento dei fatti e all'applicazione della legge, per consentire loro, oltre che

a un'istanza d'appello, di verificare la sentenza (cfr. STMC 14 n. 20 consid. 2c/aa; 11 n. 28 consid. 4b, n. 51 consid. 2, n. 69 consid. 3). Una motivazione della decisione non è lacunosa, se la sentenza non tratta espressamente ogni allegazione di fatto e ogni critica giuridica. Il tribunale può piuttosto limitarsi agli aspetti essenziali della decisione (cfr. STMC 14 n. 20 consid. 2c/aa; 14 n. 9 consid. 2b; 11 n. 51 consid. 2 e n. 69 consid. 3; Theo Bopp, op. cit., n. 45 seg. ad art. 185). Non vi è violazione del diritto di essere sentito se la sentenza non ha tenuto conto delle prove e degli indizi nella misura auspicata dal ricorrente e nel modo da lui ritenuto opportuno (cfr. STMC 14 n. 20 consid. 2c/aa; 14 n. 9 consid. 4c/aa).

Nella fattispecie il TMA 3 ha spiegato che l'accusato non era costretto ad arruolarsi per proteggere la sua incolumità, quella della popolazione cristiano-siriaca e la proprietà di tale popolo nel Nord della Siria, e che l'SMC poteva formarsi e combattere anche senza di lui. L'interessato poteva pertanto comprendere le ragioni che avevano portato l'istanza di appello a negare uno stato di necessità. Il ricorso è pertanto infruttuoso.

3.3.2. L'accusato fa valere di aver reso verosimili dei motivi giustificativi e che la Corte d'appello militare avrebbe dato implicitamente atto dell'esistenza di un pericolo imminente.

In concreto, è vero, la Corte di appello militare ha riconosciuto una minaccia da parte dei gruppi terroristici. L'accusato stesso, del resto, ha dichiarato di aver partecipato a combattimenti a fianco dell'SMC per difendere delle zone cristiane contro gli attacchi dell'ISIS o del fronte al-Nusra e di aver partecipato a delle offensive che avvenivano sul fronte congiuntamente e in coordinamento con l'YPG, assumendo un ruolo di condotta (cfr. sentenza impugnata, pag. 7-8 consid. III). La questione è però un'altra: il suo apporto alla difesa del popolo cristiano-siriaco e della sua proprietà poteva intervenire anche senza un suo arruolamento nelle forze armate dell'SMC.

Costui biasima l'istanza precedente di aver rovesciato inammissibilmente l'onere della prova, laddove essa ha concluso che lui avrebbe potuto rimanere nelle retrovie e sostenere l'SMC dall'esterno. Lui stesso, tuttavia, ha dichiarato che prima di arruolarsi nell'SMC aveva operato in quel modo (cfr. sentenza impugnata, pag. 7 consid. III: «L'accusato avrebbe inoltre continuato ad aiutare la popolazione, che si sarebbe trovata in una situazione drammatica, con assistenza umanitaria attraverso organizzazioni e circoli per i quali suo padre era o era stato attivo», e pag. 19 consid. VIII: «... egli avrebbe potuto rimanere nelle retrovie, salvaguardando maggiormente la propria incolumità e occupandosi di dare sostegno alla popolazione compresa quella cristiano-siriaca, attraverso attività di assistenza umanitaria, come aveva già fatto in precedenza»). Ciò premesso, nemmeno nel ricorso l'interessato ha illustrato perché un suo sostegno all'SMC senza arruolamento, come fatto da C. \_\_\_\_\_, non fosse più proponibile, né praticabile. A maggior ragione ove il TMA 3, senza essere stato smentito dal ricorrente, ha accertato che l'SMC si è formato e ha combattuto respingendo gli attacchi di al-Nusra e IS indipendentemente dalla partecipazione dell'accusato tra le sue fila (cfr. sentenza impugnata, pag. 19 consid. VIII), il quale si era arruolato volontariamente (cfr. Al 163, pag. 8: “mi sono in effetti offerto come volontario”). Egli è pertanto primo responsabile del suo agire in contrasto con l'art. 94 CPM, di cui era consapevole (cfr. sopra, consid. A.b). In simili condizioni, a poco giova rinviare in modo generico a una perizia di parte versata agli atti di oltre cinquanta pagine a conferma dell'impossibilità di agire diversamente. Anche al riguardo la censura è infruttuosa e il ricorso deve essere respinto.

**4.**

Da quanto precede, segue che il gravame, nella misura in cui si rivela ammissibile, si palesa infondato e come tale va respinto. Le spese procedurali e le ripetibili seguono la soccombenza (art. 193 in rel. con l'art. 183 cpv. 1 II frase PPM).

(931, 25 novembre 2022, X. \_\_\_\_\_ contro Tribunale militare d'appello 3)

## 6

### **Art. 129, 130 CPM ; appropriation illégitime ; abus de confiance**

Le militaire qui s'approprie de la munition à l'issue d'un exercice de tir réalise en principe les éléments constitutifs objectifs de l'abus de confiance (consid. 2.2.1). Il ne peut cependant être condamné à raison de cette infraction en l'absence de tout dessein d'enrichissement. La dangerosité de la munition exclut de retenir le cas de peu de gravité prévu à l'art. 129 ch. 3 CPM (consid. 2.2.2).

### **Art. 129, 130 MStG; unrechtmässige Aneignung; Veruntreuung**

Der Angehörige der Armee, der sich nach einer Schiessübung Munition aneignet, erfüllt grundsätzlich die objektiven Tatbestandsmerkmale der Veruntreuung (E. 2.2.1). Er kann jedoch nicht wegen dieses Vergehens verurteilt werden, wenn keine Bereicherungsabsicht vorliegt. Die Gefährlichkeit der Munition schliesst die Annahme eines leichten Falles gemäss Art. 129 Ziff. 3 MStG aus (E. 2.2.2).

### **Art. 129, 130 CPM; appropriazione semplice; appropriazione indebita**

Il militare che si appropria di munizioni al termine di un esercizio di tiro realizza, di principio, gli elementi oggettivi costitutivi del reato di appropriazione indebita (consid. 2.2.1). Tuttavia, in assenza d'intenzione di realizzare un indebito profitto, non può essere condannato per questo reato. La pericolosità delle munizioni impedisce di ritenere il reato poco grave ai sensi dell'art. 129 cifra 3 CPM (consid. 2.2.2).

### **Il résultat du dossier :**

#### **A.**

Par jugement du 3 mai 2019, le Tribunal militaire 1 a condamné X. \_\_\_\_\_ pour menace, inobservation des prescriptions de service, appropriation illégitime de peu de gravité (art. 129 al. 2 CPM, en lien avec l'art. 144b CPM) et consommation de stupéfiants, à une peine pécuniaire de 20 jours-amende à 30 fr. le jour, avec sursis pendant deux ans, à une amende de 100 fr., ainsi qu'à une amende disciplinaire de 900 francs. Il l'a acquitté des autres chefs de prévention.

**B.**

L'auditeur a formé appel contre ce jugement, en précisant que l'appel était limité à la question de savoir si X. \_\_\_\_\_ s'était rendu coupable d'abus de confiance aggravé ou d'appropriation illégitime pour s'être approprié 18 cartouches pour fusil GP 90 lors d'exercices de tir.

Par jugement par défaut du 3 septembre 2021, le Tribunal militaire d'appel 1 (ci-après : TMA) a partiellement admis cet appel, a réformé le jugement du 3 mai 2019 en ce sens que X. \_\_\_\_\_ est condamné pour menace, inobservation des prescriptions de service, appropriation illégitime (art. 129 ch. 2 CPM) et consommation de stupéfiants, à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à 30 fr. le jour, avec sursis pendant deux ans, à une amende de 500 fr., ainsi qu'à une amende disciplinaire de 100 francs. Il a confirmé le jugement attaqué pour le surplus.

Le TMA a en substance retenu les faits suivants.

Le 19 octobre 2016, la police militaire a, sur demande du commandant d'école, procédé à un contrôle de la troupe. Lors de ce contrôle, 10 cartouches pour fusil GP 90 ont été saisies dans les effets personnels de X. \_\_\_\_\_. A l'occasion d'une perquisition effectuée au domicile de l'intéressé, 8 cartouches pour fusil GP 90 supplémentaires ont été découvertes. Interrogé par le juge d'instruction, X. \_\_\_\_\_ a déclaré que les 10 cartouches trouvées dans ses effets personnels constituaient de la munition qu'il n'avait pas restituée au terme d'un exercice de tir. Par peur de la réaction de ses supérieurs, il n'avait pas osé l'annoncer. Il a par ailleurs indiqué avoir également conservé les 8 autres cartouches par erreur ensuite d'un exercice de tir, puis avoir amené cette munition à son domicile car il ne savait pas qu'en faire.

**C.**

L'auditeur s'est pourvu en cassation contre le jugement par défaut du 3 septembre 2021.

**Considérant :****2.**

Le recourant fait grief à l'autorité précédente d'avoir condamné l'intimé pour appropriation illégitime au sens de l'art. 129 ch. 2 CPM et non pour abus de confiance aggravé (art. 130 ch. 2 CPM) s'agissant des 18 cartouches pour fusil GP 90 que ce dernier s'était appropriées.

**2.1**

2.1.1 Aux termes de l'art. 129 ch. 1 CPM, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, en tant que les conditions prévues aux art. 130 à 132 CPM ne seront pas réalisées. Le ch. 2 de cette disposition indique que la peine sera la même si l'auteur a trouvé la chose ou si celle-ci est tombée en son pouvoir indépendamment de sa volonté ou s'il

a agi sans dessein d'enrichissement. L'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité.

2.1.2 Selon l'art. 130 CPM, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui et qui lui avait été confiée, celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (ch. 1). L'abus de confiance pourra être puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire si son auteur l'a commis au préjudice d'un chef ou d'un subordonné, d'un camarade, de l'hôte chez lequel il était logé ou d'une personne de sa maison, ou si le délinquant s'est approprié une chose qui lui avait été confiée pour des raisons de service (ch. 2). L'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité (ch. 3).

Sur le plan objectif, l'infraction réprimée à l'art. 130 ch. 1, 1ère partie, CPM suppose l'existence d'une chose mobilière appartenant à autrui (ATMC 5 no 90 consid. 3). Une autre personne que l'auteur, par exemple la Confédération suisse (ATMC 3 no 109), doit avoir un droit de propriété sur la chose (cf. KURT HAURI, Kommentar MStG, 1983, art. 131 CPM no 3), même si ce droit n'est pas exclusif. Il faut encore que la chose ait été confiée à l'auteur, ce qui signifie que celui-ci acquiert, grâce à la confiance dont il jouit, la possibilité de disposer du bien d'autrui. Une chose est donc confiée au sens de l'art. 130 CPM lorsqu'elle est remise ou laissée à l'auteur pour qu'il l'utilise de manière déterminée dans l'intérêt d'autrui, en particulier pour la garder, l'administrer ou la livrer selon des instructions qui peuvent être expresse ou tacites (ATF 143 IV 297 consid. 1.3 ; 120 IV 276 consid. 2 ; arrêt TF 6B\_1396/2021 du 28 juin 2022 consid. 2.1).

Tel est le cas, par exemple, du chef de cuisine qui « met de côté » des rations non utilisées (ATMC 3 no 109), de l'aide-fourrier ou de l'aide de cuisine qui accapare des vivres (ATMC 4 no 172 consid. 2 ; 3 no 122 consid. 7), du sous-officier qui s'approprie du petit matériel (ATMC 6 no 36), du fourrier qui prélève indûment des fonds (ATMC 5 no 90 consid. 3), de la recrue qui s'approprie une caisse de compagnie (ATMC 5 no 96), ou du soldat qui emporte sans droit des munitions à son domicile (ATMC 9 no 161 consid. 2b).

D'un point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime (ATMC 5 no 96 consid. 1), lequel peut être réalisé par dol éventuel (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 ; 118 IV 32 consid. 2a). L'enrichissement consiste en une amélioration de la situation patrimoniale de l'auteur qui est réalisée par l'augmentation de son actif, une diminution de son passif, une non-diminution de l'actif ou une non-augmentation du passif. Il peut consister en un avantage patrimonial indirect que l'auteur se procure en usant de la chose soustraite. L'avantage patrimonial peut ainsi correspondre à la contre-valeur que l'on reçoit en échange de la chose, comme pour les titres de rationnement, ou découler de l'emploi que l'on en fait, comme c'est par exemple le cas d'une lettre compromettante volée en vue de chantage. Dans ces deux cas, l'auteur soustrait à l'ayant droit une chose, non pas à cause de sa valeur intrinsèque, mais en fonction de sa valeur d'usage, le dessein d'enrichissement illégitime s'étendant à cette dernière valeur (ATF 111 IV 74 consid. 1 et les références citées ; cf. BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3e éd. 2010, art. 138 no 14).

2.1.3 Déterminer ce qu'une personne a su, voulu, envisagé ou accepté relève du contenu de la pensée, à savoir de faits « internes » (ATF 147 IV 439 consid. 7.3.1 ; 141 IV 369 consid. 6.3). 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).

## 2.2

2.2.1 En l'espèce, au regard des griefs du recourant, il convient d'examiner les faits retenus par le TMA sous l'angle de l'abus de confiance.

Avec le recourant – et conformément à la jurisprudence publiée aux ATMC 9 no 161 (consid. 2b) –, il faut constater que l'intimé a bien réalisé les éléments constitutifs objectifs de l'abus de confiance. En effet, l'intéressé a confirmé avoir eu connaissance de l'Ordre du chef de l'armée concernant les munitions du 1er mars 2007, applicable au moment des faits, aux termes duquel il est notamment interdit aux militaires de porter sur eux, d'emporter ou de conserver des munitions sans ordre du supérieur compétent (ch. 3.1), d'emporter, de mettre de côté, de jeter ou de vendre des munitions (ch. 3.2), ou encore d'apporter des munitions au service militaire ou d'en emporter hors du service (à l'exception des munitions de poche) (ch. 3.3).

L'intimé a néanmoins pris la décision de s'approprier 18 cartouches contrairement à cet ordre, alors même que cette munition lui avait été exclusivement confiée dans le but d'être tirée ou – à défaut – d'être restituée à la fin de l'exercice. Il s'est comporté comme s'il était le propriétaire de ces cartouches, lesquelles lui avaient seulement été confiées par l'armée dans le dessein susmentionné.

2.2.2 S'agissant de l'élément constitutif subjectif de l'infraction d'abus de confiance, l'autorité précédente a indiqué que l'intimé s'était approprié 18 cartouches de fusil GP 90, d'une valeur totale de 9 fr. 90, appartenant à l'armée, mais que, vu la très faible valeur patrimoniale de cette munition, l'intéressé avait agi sans dessein d'enrichissement.

L'argumentation du recourant est irrecevable dans la mesure où elle s'écarte de manière inadmissible des éléments de fait retenus par l'autorité précédente. Il en va ainsi lorsque le recourant affirme – de façon appellatoire – que l'intimé se serait approprié les cartouches en cherchant « à s'épargner la modeste dépense de leurs coûts » ou dans le but « d'éviter d'avoir à remplir [des] conditions administratives », ce qui ne ressort aucunement du jugement attaqué. Il n'apparaît pas davantage que l'intimé aurait pu rechercher un avantage patrimonial indirect (cf. consid. 2.1.2 supra), car le jugement attaqué ne précise pas – et le recourant ne le démontre pas – que l'intéressé aurait prévu de faire un quelconque usage de cette munition. Au demeurant, l'intimé a constamment déclaré – au cours de la procédure – qu'il avait emporté cette munition sans aucune intention particulière, sinon éventuellement de la tirer pour s'en débarrasser lors d'un prochain exercice de tir.

Pour le reste, le recourant expose que l'acquisition de munition de guerre est soumise à des restrictions en vertu du droit public fédéral (art. 15 ss LArm) et qu'il existe un intérêt public évident à empêcher la soustraction de munitions. L'autorité précédente n'a aucunement ignoré la dangerosité de la munition conservée par l'intimé. Elle s'est au contraire référée à l'arrêt publié aux ATMC 14 no 25 (consid. 3c), dont il ressort que le critère de la faible valeur en lien avec la notion de cas de peu de gravité ne s'applique que dans la mesure où les objets soustraits n'ont pas de potentiel de mise en danger, ce qui est exclu avec de la munition. L'autorité précédente s'est appuyée sur ce principe pour écarter le cas de peu de gravité prévu à l'art. 129 CPM.

Partant, les faits retenus par l'autorité précédente ne permettent pas de considérer que l'intimé aurait – en s'appropriant des munitions – eu en vue leur valeur d'aliénation ou d'usage. Il n'apparaît pas non plus que l'intéressé aurait envisagé l'enrichissement comme possible et aurait agi néanmoins, même s'il ne le souhaitait pas, parce qu'il s'en

accommodait pour le cas où il se produirait. En l'absence de tout dessein d'enrichissement, une condamnation sur la base de l'art. 130 CPM est exclue. Point n'est besoin, par conséquent, d'examiner si un abus de confiance aggravé au sens de l'art. 130 ch. 2 CPM aurait pu entrer en ligne de compte.

**3.**

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

Les frais de la procédure doivent être mis à la charge de la Confédération (art. 183 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase, PPM, en relation avec l'art. 193 PPM).

(932, 17 mars 2023, Aud Rég aud 1 contre le Tribunal militaire d'appel 1)

**Art. 13 Abs. 1 und 2, 35 Abs. 1, 49 Abs. 2, 153 Abs. 1 MStG; Art. 84k Abs. 2 Bst. b, 185 Abs. 1 Bst. d, 195 Bst. c, 196 Abs. 2 MStP; Art. 135 MG; nachträgliche Einwilligung zur sexuellen Nötigung; Ausschluss aus der Armee; Degradation; Legitimation zur Zivilklage im Militärstrafprozess; Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes; Haftung für Schaden infolge dienstlicher Tätigkeit (Kassationsbeschwerde)**

Die vorinstanzliche Beweiswürdigung, dass der auf der Privatklägerin liegende Angeklagte aus ihrer Resignation nicht auf ein nachträgliches Einverständnis mit den entsprechenden sexuellen Handlungen habe schliessen können, ist nicht willkürlich (E. 3b und c). Der Tatbestand der sexuellen Nötigung ist auch dann erfüllt, wenn das Opfer unter dem Druck des anfänglich ausgeübten Zwangs von vornherein auf Widerstand verzichtet oder diesen nach anfänglicher Gegenwehr aufgibt (E. 4a). Der Ausschluss aus der Armee setzt eine weitergehende Unwürdigkeit als die Degradation voraus. Im Anwendungsbereich von Art. 49 Abs. 2 MStG ist der Ausschluss anzuordnen, wenn der Angeklagte für die Armee objektiv nicht mehr tragbar ist. Vorliegend ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen ihres Ermessens auf einen Ausschluss des Angeklagten aus der Armee verzichtet hat, zumal ein solcher vom Auditor nicht beantragt wurde (E. 5c). Bei der Prüfung einer Degradation ist entscheidend, ob aus der verübten Tat hervorgeht, dass dem Täter die charakterliche Integrität fehlt, die er als Offizier haben muss, und ob ihm das notwendige Vertrauen von seinen Vorgesetzten und Untergebenen noch entgegengebracht werden kann (E. 5d und e). Die ausschliessliche Haftung des Bundes nach Art. 135 MG umfasst Schädigungen durch Angehörige der Armee in Ausübung einer dienstlichen Tätigkeit. Begeht ein Armeeeingehöriger eine schädigende Handlung bei Gelegenheit einer dienstlichen Tätigkeit, haftet er für den Schaden persönlich. Vorliegend fehlt ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Tat und dem Militärdienst. Die Privatklägerin war deshalb legitimiert, ihre Genugtuungsforderung als Zivilklägerin im Militärstrafverfahren geltend zu machen (E. 6c und d). Der Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP betrifft die Auslegung und Anwendung des materiellen Strafrechts. Dazu gehören die Normen des MStG sowie diejenigen des StGB und des Nebenstrafrechts, nicht jedoch das Militärgesetz (E. 6d). Der Oberauditor ist nicht legitimiert, an Stelle der Privatklägerin Rekurs gegen den Entscheid über deren zivilrechtlichen Ansprüche zu erheben (E. 6e).

**Art. 13 al. 1 et 3, 35 al. 1, 49 al. 2, 153 al. 1 CPM ; art. 84k al. 2 lett. b, 185 al. 1 lett. d, 195 lett. c, 196 al. 2 PPM ; art. 135 LAAM ; consentement au cours d'une contrainte sexuelle ; exclusion de l'armée ; dégradation ; qualité pour exercer l'action civile dans la procédure pénale militaire ; motif de cassation tiré de la violation de la loi pénale ; responsabilité pour un dommage causé par une activité de service (poursuites en cassation)**

L'appréciation des preuves de l'autorité précédente, au terme de laquelle l'accusé – qui se trouvait sur la partie plaignante – ne pouvait pas déduire de sa résignation un consentement aux actes sexuels commis, n'est pas arbitraire (consid. 3b et c). Les éléments constitutifs de l'infraction de contrainte sexuelle sont aussi réalisés lorsque la victime, sous la pression de la contrainte exercée au départ, renonce d'emblée à résister ou abandonne cette résistance après l'avoir tout d'abord opposée (consid. 4a). L'exclusion de l'armée suppose une indignité plus profonde que celle exigée pour une dégradation. Dans le champ d'application de l'art. 49 al. 2 CPM, l'exclusion doit être prononcée lorsque le maintien de l'accusé dans l'armée n'est objectivement plus supportable. En l'espèce, il n'y a rien à redire au fait que l'autorité précédente ait renoncé, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, à exclure l'accusé de l'armée, d'autant plus qu'une telle exclusion n'a pas été demandée par l'auditeur (consid. 5c). Lors de l'examen d'une dégradation, il est décisif de savoir s'il ressort de l'acte commis que l'auteur manque de l'intégrité dont il devrait faire preuve en sa qualité d'officier, et si la confiance nécessaire peut encore lui être accordée par ses supérieurs et ses subordonnés (consid. 5d et e). La responsabilité exclusive de la Confédération selon l'art. 135 LAAM couvre les dommages causés par des militaires dans l'exercice d'une activité de service. Si un militaire commet un acte dommageable simplement à l'occasion d'une activité de service, il est personnellement responsable du dommage. Dans le cas présent, il n'y a pas de lien fonctionnel entre l'acte et le service militaire. La partie plaignante avait donc la qualité pour faire valoir sa demande de réparation en tant que partie civile dans la procédure pénale militaire (consid. 6c et d). Le motif de cassation tiré de la violation de la loi pénale, selon l'art. 185 al. 1 lett. d PPM, concerne l'interprétation et l'application du droit pénal matériel. Entrent en compte les normes du CPM ainsi que celles du CP et du droit pénal accessoire, mais pas celles de la LAAM (consid. 6d). L'auditeur en chef n'a pas la qualité pour recourir, à la place de la partie plaignante, contre la décision sur ses prétentions civiles (consid. 6e).

**Art. 13 cpv. 1 e 2, 35 cpv. 1, 49 cpv. 2, 153 cpv. 1 CPM; art. 84k cpv. 2 lett. b, 185 cpv. 1 lett. d, 195 lett. c, 196 cpv. 2 PPM; art. 135 LM; consenso successivo alla coazione sessuale; esclusione dall'esercito; degradazione; legittimazione a promuovere un'azione civile nel processo penale militare; motivo di cassazione della violazione della legge penale; responsabilità per danni derivanti da attività di servizio (ricorso per cassazione)**

La valutazione delle prove da parte dell'autorità inferiore, secondo cui l'imputato, che si trovava sopra l'accusatrice privata, non poteva dedurre dal suo atteggiamento di rassegnazione un consenso successivo agli atti sessuali corrispondenti, non è arbitraria (consid. 3b e c). Il reato di coazione sessuale è consumato anche quando la vittima, sotto la pressione della costrizione iniziale, rinuncia fin dall'inizio a opporre resistenza o la abbandona dopo una resistenza iniziale (consid. 4a). L'esclusione dall'esercito richiede un'indignità maggiore rispetto alla degradazione. Nell'ambito di applicazione dell'art. 49 cpv. 2 CPM, l'esclusione deve essere ordinata quando l'imputato non è più oggettivamente tollerabile per l'esercito. Nel caso concreto, non presta il fianco a critica la decisione del tribunale inferiore con cui ha rinunciato a escludere l'imputato dall'esercito, tanto più che tale misura non è stata proposta dall'uditore (consid. 5c). Nell'esaminare una degradazione, è decisivo se dal reato commesso risulta che all'autore manca l'integrità caratteriale che deve avere come ufficiale e se egli può ancora godere della fiducia necessaria da parte dei suoi superiori e subordinati (consid. 5d e e). La responsabilità esclusiva della

Confederazione secondo l'art. 135 LM comprende i danni causati da militari nell'esercizio di un'attività di servizio. Se un membro dell'esercito commette un atto dannoso in occasione di un'attività di servizio, è personalmente responsabile del danno. Nel caso concreto, manca un nesso funzionale tra il reato e il servizio militare. L'accusatrice privata era quindi legittimata a far valere la sua indennità di torto morale come parte civile nel processo penale militare (consid. 6c e d). Il motivo di cassazione della violazione della legge penale secondo l'art. 185 cpv. 1 lett. d PPM riguarda l'interpretazione e l'applicazione del diritto penale sostanziale. Ciò include le norme del CPM e quelle del CPS e del diritto penale accessorio, ma non la legge militare (consid. 6d). L'uditore in capo non è legittimato a presentare ricorso al posto dell'accusatrice privata contro la decisione sulle di lei pretese civili (consid. 6e).

### Sachverhalt:

#### A.

Die Anklageschrift des Auditors vom 24. März 2021 wirft A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Angeklagter) vor, er habe am Mittwoch, 25. Juli 2018, mit B. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Privatklägerin) und zwei weiteren Angehörigen der Armee vor dem Gebäude 01 der Kaserne in C. \_\_\_\_\_ eine Zigarette geraucht und dabei über die Unterbringung der weiblichen Armeeangehörigen gesprochen. Die Privatklägerin sei sich gewohnt gewesen, über ihre Unterkunft – ein Offizierszimmer zur Alleinbenutzung – zu reden und habe ihren Kameraden angeboten, ihnen das Zimmer zu zeigen. Der Einladung sei lediglich der Angeklagte gefolgt. Als dieser eingetreten sei, habe er die Türe geschlossen und sei der Privatklägerin gegenübergetreten. Dann habe er die Hände um die Hüfte der Privatklägerin gelegt und sie mit der Zunge geküsst. Die Privatklägerin habe den Angeklagten weggestossen und ihn gefragt, was er da mache («what are you doing?»). Der Angeklagte habe die Privatklägerin wieder zu sich gezogen und ihr erneut einen Zungenkuss gegeben. Währenddessen habe er sie langsam und schrittweise Richtung Bett gestossen. Die überraschte Privatklägerin habe den Angeklagten gefragt, was er hier tue, sie habe ihm lediglich ihr Zimmer zeigen wollen. Als der Angeklagte sie rückwärts auf das Bett gestossen habe, habe er auf den Schenkeln der auf dem Rücken liegenden Privatklägerin sitzend versucht, ihren Hosengürtel zu öffnen. Die Privatklägerin habe die Beine gekreuzt, Panik bekommen und zum Angeklagten gesagt, dass sie noch Jungfrau sei, worauf dieser erwidert habe, das sei nicht schlimm und sie sei es bald nicht mehr. Auf der Privatklägerin sitzend habe der Angeklagte sie weiter geküsst und an verschiedenen Stellen berührt. Die Privatklägerin habe gesagt, er solle aufhören und gefragt, warum er das mache, worauf der Angeklagte geantwortet habe, er würde sie wollen. Sie habe wiederholt, dass er aufhören solle. Der Angeklagte habe erwidert, dass er sie wolle und er wisse, dass sie ihn auch wolle. Darauf habe er sich auf die Privatklägerin gelegt und sich hin und her bewegt. Dabei habe der Angeklagte mit seiner Hand den ganzen Körper der Privatklägerin berührt. Nachdem sie ihn davor zurückgehalten habe, den Gürtel zu öffnen, habe er versucht, ihr das T-Shirt auszuziehen. Schliesslich habe es der Angeklagte geschafft, ihr das T-Shirt hochzuziehen, den Büstenhalter auf die Seite zu schieben und ihre Brüste freizulegen. Der Angeklagte habe an den Brustwarzen der Privatklägerin geleckt und geknabbert. In diesem Moment habe sie sich «le plus faible de ma vie» gefühlt. Der Angeklagte habe die Arme der Privatklägerin mit seinen Armen fixiert, wogegen sie sich, aufgrund des Gewichts des Angeklagten und ihrer

körperlichen Unterlegenheit, vergeblich zur Wehr gesetzt habe. Sie habe sich machtlos gefühlt und darauf gewartet, dass der Angeklagte endlich beenden würde, was er tat. Nach etwa 20 bis 45 Minuten habe der Angeklagte gemerkt, dass er gehen müsse, um sich auf den bevorstehenden Wachdienst vorzubereiten. So habe er schliesslich von der Privatklägerin abgelassen, ohne den Geschlechtsverkehr zu vollziehen.

Der Angeklagte habe, so die Anklageschrift weiter, gewusst oder zumindest in Betracht ziehen müssen, dass die Privatklägerin sexuelle Handlungen mit ihm, an ihm oder durch ihn abgelehnt habe. Durch ihre körperliche Gegenwehr habe die Privatklägerin unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie mit dem Vorgehen des Angeklagten nicht einverstanden und zu keinerlei sexuellen Handlungen bereit sei. Der Angeklagte habe es zumindest in Kauf genommen, den Willen der Privatklägerin mittels körperlicher Gewalt zu brechen, damit sie Handlungen erdulde bzw. vornehme, von denen er gewusst habe, dass sie damit nicht einverstanden sei.

### **Erwägungen:**

#### **3.**

b) Die vorstehenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz sind schlüssig und decken sich mit der Aussage der Privatklägerin, sie habe, nachdem der Angeklagte ihre Arme gehalten habe, aufgegeben und es über sich ergehen lassen (Urteil Militärappellationsgericht 2 V 4a). Der Einwand des Angeklagten, die Privatklägerin habe nicht bei jedem seiner Versuche, ihre Brüste zu berühren, nein gesagt, ist unbehelflich. Die Privatklägerin hat dem Angeklagten gesagt, dass sie von ihm im Intimbereich und an den Brüsten nicht berührt werden wolle. Die von der Vorinstanz daraus gezogene Schlussfolgerung, dass der auf der Privatklägerin liegende Angeklagte aus ihrer Resignation aufgrund seiner Beharrlichkeit nicht auf ein nachträgliches Einverständnis mit den entsprechenden Handlungen habe schliessen können, ist nicht willkürlich.

#### **4.**

a) Wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, erfüllt den objektiven Tatbestand der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 153 Abs. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0). Der Tatbestand ist auch dann erfüllt, wenn das Opfer unter dem Druck des anfänglich ausgeübten Zwangs von vornherein auf Widerstand verzichtet oder diesen nach anfänglicher Gegenwehr aufgibt (BGE 126 IV 124 E. 3c).

#### **5.**

c) Das Gericht ordnet den Ausschluss aus der Armee an, wenn der Täter zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verurteilt oder nach Art. 64 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) verwahrt wird (Art. 49 Abs. 1 MStG). Wird der Täter – wie im vorliegenden Fall – zu einer anderen Strafe verurteilt, steht dessen Ausschluss aus der Armee im

pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Gerichtsstanz (Art. 49 Abs. 2 MStG). Der Ausschluss aus der Armee stellt – im Gegensatz zur Degradation als Nebenstrafe (E. 5d) – eine Massnahme dar; es soll aus der Armee ausgeschlossen werden, wer für diese objektiv nicht mehr tragbar ist (MKGE 13 Nr. 16 E. 5d; Botschaft zur Änderung des StGB und des MStP vom 21. September 1998, BBI 1999 2211).

Ein Ausschluss des Angeklagten aus der Armee gemäss Art. 49 MStG ist im Verfahren vor den beiden Vorinstanzen nicht thematisiert und vom Auditor auch nicht beantragt worden. Zwar gilt der Anklagegrundsatz nicht für die rechtliche Würdigung der angeklagten Lebensvorgänge (Art. 115 und 147 f. des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]; MKGE 14 Nr. 3 E. 4b; 13 Nr. 16 E. 2c); auch ist das Gericht nicht an die Anträge der Parteien zu den Nebenfolgen eines Schuldspruches gebunden. Es ist vorliegend jedoch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens auf einen Ausschluss des Angeklagten aus der Armee verzichtet hat, zumal ein solcher vom Auditor nicht verlangt wurde.

d) Gemäss Art. 35 Abs. 1 MStG wird ein Angehöriger der Armee, der sich durch ein Verbrechen oder Vergehen seines Grades unwürdig gemacht hat, durch das Gericht degradiert.

Bei der Degradation handelt es sich – wie erwähnt – um eine Nebenstrafe (vgl. Marginalie zu Art. 35 MStG), weshalb für sie das Schuldprinzip gilt. Der Ausschluss aus der Armee setzt eine weitergehende Unwürdigkeit als die Degradation voraus (vgl. HAURI, Kommentar Militärstrafgesetz, 1983, Art. 37 N 15).

Die Unwürdigkeit zur Bekleidung seines Grades hängt zunächst von der objektiven und subjektiven Schwere der begangenen Tat ab. Für die Würdigkeit zur Bekleidung seines Grades von Bedeutung sind zudem das Vertrauen, das Vorgesetzte und Unterstellte dem Täter entgegenbringen können, ferner seine Charaktereigenschaften sowie sein Pflicht- und Verantwortungsbewusstsein (MKGE 9 Nr. 175 E. 3).

Es können auch strafbare Handlungen zur Degradation führen, bei denen der Täter seine Vorgesetztenstellung nicht missbraucht hat. Die Unwürdigkeit zur Bekleidung eines Grades hängt auch nicht davon ab, ob die Gefahr besteht, dass der Täter seine Stellung als Ranghöherer oder Vorgesetzter weiterhin zur Begehung strafbarer Handlungen missbraucht. Entscheidend ist vielmehr, ob aus der verübten Tat hervorgeht, dass dem Täter die charakterliche Integrität fehlt, die er als Offizier haben muss (MKGE 6 Nr. 29 E. 5).

e) Die Vorinstanz hat, wie bereits das Militärgericht 2, die Voraussetzungen für eine Degradation des Angeklagten zu Recht bejaht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Militärappellationsgericht 2 – gleich wie bei der Strafzumessung (Art. 41 ff. MStG) – bei der Frage, ob der Angeklagte zu degradieren sei, ein weiter Ermessensspielraum zukommt.

Der Angeklagte hat sich im Dienst der sexuellen Nötigung gemäss Art. 153 MStG und damit eines Verbrechens schuldig gemacht, wobei die Vorinstanz zu Gunsten des Angeklagten von einem eher leichten Tatverschulden ausgeht. Entscheidende Bedeutung ist mit der Vorinstanz dem Umstand beizumessen, dass der Angeklagte das ihm von der Privatklägerin mit der Einladung entgegengebrachte Vertrauen zu ihrem Nachteil ausgenützt hat. Als Offizier kann und muss sich der Angeklagte – insbesondere in seinem Verhalten gegenüber anderen Armeeangehörigen – in erhöhtem Masse über Recht und Unrecht Rechenschaft geben (MKGE 6 Nr. 29 E. 5).

Dass der Angeklagte zum Tatzeitpunkt noch den Grad eines Wachtmeisters trug, ändert hieran nichts, umso mehr als er eine Offizierslaufbahn in Aussicht hatte.

Im Ergebnis ist der Schluss der Vorinstanz daher nicht zu beanstanden, dass sich im Verhalten des Angeklagten schwere Charakterfehler offenbaren und ihm als Offizier das notwendige Vertrauen von seinen Vorgesetzten und Unterstellten nicht mehr entgegengebracht werden kann. Die Vorinstanz hat deshalb mit der Degradation des Angeklagten das Strafgesetz nicht verletzt. Die Kassationsbeschwerde des Oberauditors erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

## 6.

c) Die geschädigte Person kann gemäss Art. 84k Abs. 2 Bst. b MStP adhäsionsweise privatrechtliche Ansprüche geltend machen, die aus der Straftat abgeleitet werden; sie kann sich insoweit als Privatklägerin am Strafverfahren beteiligen. Vorbehalten ist jedoch gemäss Art. 84g MStP die Bestimmung von Art. 135 des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG; SR 510.10) über die ausschliessliche Haftung des Bundes (vgl. MKGE 13 Nr. 30 E. 3 f.). Nach dessen Abs. 1 haftet der Bund ohne Rücksicht auf das Verschulden für den Schaden, den Angehörige der Armee oder die Truppe Dritten durch eine besonders gefährliche militärische Tätigkeit (Bst. a) oder in Ausübung einer anderen dienstlichen Tätigkeit (Bst. b) widerrechtlich zufügen. Der Geschädigte hat in diesen Fällen keinen Anspruch gegenüber dem Armeeeingehörigen, der den Schaden verursacht hat (Art. 135 Abs. 4 MG); er kann sich nicht als Privatkläger an einem Militärstrafverfahren beteiligen, sondern muss Haftungsansprüche gegenüber dem Bund geltend machen und hierfür den Verwaltungsweg beschreiten (Art. 142 MG; vgl. MKGE 13 Nr. 30 E. 3 f.).

Nach dem Wortlaut von Art. 135 Abs. 1 Bst. b MG haftet der Bund für Schädigungen, die ein Armeeeingehöriger *in Ausübung* einer dienstlichen Tätigkeit verursacht hat. Begeht ein Armeeeingehöriger eine schädigende Handlung *bei Gelegenheit* einer dienstlichen Tätigkeit, haftet er demzufolge für den Schaden persönlich. Entscheidend ist somit die Abgrenzung der dienstlichen von der nicht durch den militärischen Betrieb oder Auftrag gebotenen Tätigkeit (vgl. Botschaft betreffend das Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 8. September 1993, BBl 1993 IV 111).

Auch die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 135 MG berücksichtigt diese Unterscheidung. Danach ist eine andere dienstliche Tätigkeit im Sinne von Art. 135 Abs. 1 Bst. b MG die durch den militärischen Betrieb oder Auftrag *gebotene* Tätigkeit. Die private Tätigkeit sei, so das Gericht, von der Haftung des Bundes ausgenommen, und zwar immer auch dann, wenn sie bei Gelegenheit einer militärischen Tätigkeit erfolge. Handlungen, die weder durch Reglemente noch Befehle geregelt seien und sich auch nicht aus dem Auftrag aufgrund der Lage im konkreten Fall ergäben, seien nicht dienstlich; sie stünden nicht in einem funktionellen Zusammenhang mit dem Militärbetrieb (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7385/2006 vom 6. Juli 2007 E. 3.2 f.; bestätigt durch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011 und A-6426/2013 vom 18. Januar 2015 E. 5.2.2 bzw. E. 4.2.1).

d) Auch wenn der Angeklagte die sexuelle Integrität der Privatklägerin im Dienst verletzt hat, fehlt ein funktionaler Zusammenhang zu diesem. Er beging die Tat nicht in Ausübung, sondern bei Gelegenheit seiner dienstlichen Tätigkeit.

Der Verweis der Vorinstanz auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_132/2017 vom

24. Mai 2018 vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Das Bundesgericht bejaht darin zwar die Anwendbarkeit von Art. 135 MG auf den Fall, dass Armeeingehörige im Ausgang eine Drittperson schädigen. Die Begründung trägt jedoch der – Art. 135 MG zugrunde liegenden – Abgrenzung zwischen der Schadenszufügung in Ausübung einer dienstlichen Tätigkeit zum einen und bei deren Gelegenheit zum anderen nicht hinreichend Rechnung.

Die Haftungsbestimmung von Art. 135 MG ist deshalb – worauf der Oberauditor zu Recht hinweist – nicht anwendbar. Bei dieser Ausgangslage war die Privatklägerin – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – legitimiert, ihre Genugtuungsforderung als Zivilklägerin im Militärstrafverfahren geltend zu machen (Art. 84k Abs. 2 Bst. b MG). Die Vorinstanz hätte darum auf die Zivilforderung eintreten sollen.

Eine Verletzung des Strafgesetzes im Sinne des Kassationsgrunds von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP liegt jedoch nicht vor. Dieser Kassationsgrund betrifft – wie erwähnt (E. 2c) – die Auslegung und Anwendung des materiellen Strafrechts. Dazu gehören die Normen des MStG sowie diejenigen des StGB und des Nebenstrafrechts (MKGE 13 Nr. 42 E. 3.1). Das Militärgesetz zählt nicht zum Strafgesetz im Sinne von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP. Andere Kassationsgründe sind nicht erkennbar und werden vom Oberauditor auch nicht geltend gemacht. Auf die Kassationsbeschwerde kann daher in diesem Punkt aufgrund fehlender Legitimation nicht eingetreten werden.

e) Es ist anzumerken, dass eine Privatklägerschaft gegen einen Entscheid der Militär- und der Militärappellationsgerichte über zivilrechtliche Ansprüche Rekurs an das Militärkassationsgericht erheben kann (Art. 195 Bst. c i.V.m. Art. 196 Abs. 2 MStP; vgl. MKGE 13 Nr. 2 E. 1). Vorliegend hat die Privatklägerin darauf verzichtet, den Entscheid des Militärappellationsgerichts 2, ihre Zivilforderung auf den Verwaltungsweg zu verweisen, mit Rekurs anzufechten.

Die Bestimmung von Art. 196 MStP über die Legitimation zum Rekurs sieht nicht vor, dass der Oberauditor legitimiert wäre, an Stelle der Privatklägerin Rekurs gegen den Entscheid über die zivilrechtlichen Ansprüche der Privatklägerin zu erheben. Gegen eine entsprechende Legitimation des Oberauditors spricht auch, dass die geschädigte Person gemäss Art. 84/ Abs. 1 MStP jederzeit schriftlich oder mündlich zu Protokoll erklären kann, dass sie auf die ihr zustehenden Rechte verzichte. Umso mehr muss es ihr freistehen, auf den Weiterzug eines Urteils, das ihre Zivilforderung auf den Verwaltungsweg verweist, zu verzichten.

Die Privatklägerin ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sie Anspruch auf Beratung und Unterstützung nach dem Opferhilfegesetz (Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG; SR **321.5**) hat (Art. 84a<sup>ter</sup> MStP).

(933, 23. Juni 2023, A. \_\_\_\_\_ und Oberauditor gegen Militärappellationsgericht 2)

**Art. 185 cpv. 1 lett. c, 155 PPM; art. 185 cpv. 1 lett. d PPM, art. 34a, 40 cpv. 1 e 43 cpv. CPM; disposizioni essenziali di procedura; obbligo di motivazione della sentenza contumaciale; violazione dei principi che reggono l'inasprimento della pena (ricorso per cassazione)**

Se durante la procedura preliminare l'accusato ha potuto esprimersi sufficientemente sui fatti che gli sono contestati e il suo difensore d'ufficio ha acconsentito alla tenuta dei dibattimenti nonostante l'assenza dell'accusato, al patrocinatore non può essere rimproverato di aver violato i diritti del proprio cliente ad una difesa efficace (consid. 2.2). La motivazione della decisione, seppur succinta, è stata ritenuta sufficiente dal momento che le parti sono state messe nella condizione di rendersi conto della portata del giudizio e delle eventuali possibilità di impugnazione (consid. 2.3). La pronuncia di una pena unica in applicazione del principio dell'inasprimento della pena di cui all'art. 43 cpv. 1 CPM, in combinazione con l'art. 40 cpv. 1 CPM, è possibile solo se nel caso concreto le pene prospettate per sanzionare i singoli reati sono dello stesso genere. La pronuncia di una pena detentiva unica per i titoli di reato di omissione del servizio e di inosservanza di prescrizioni di servizio è contraria alla legge, dovendosi in tempo di pace comminare una pena pecuniaria (consid. 3).

**Art. 185 Abs. 1 Bst. c, 155 MStP; Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP, Art. 34a, 40 Abs. 1 und 43 Abs. 1 MStG; wesentliche Verfahrensvorschriften; Begründungspflicht für das Abwesenheitsurteil; Verletzung der Grundsätze der Strafzumessung (Anwendung des Asperationsprinzips) (Kassationsbeschwerde)**

Konnte sich der Angeklagte im Vorverfahren hinreichend zu dem ihm zur Last gelegten Sachverhalt äussern und hat sein amtlicher Verteidiger der Durchführung der Hauptverhandlung trotz Abwesenheit des Angeklagten zugestimmt, so kann dem Verteidiger nicht vorgeworfen werden, die Rechte seines Mandanten auf eine wirksame Verteidigung verletzt zu haben (E. 2.2). Die Begründung des Abwesenheitsurteils war hinreichend, da die Parteien auf die Tragweite des Urteils und die möglichen Rechtsmittel hingewiesen wurden (E. 2.3). Eine Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 43 Abs. 1 i.V.m. 40 Abs. 1 MStG ist nur möglich, wenn im konkreten Fall die zur Ahndung der einzelnen Straftaten vorgesehenen Strafen gleicher Art sind. Die Verhängung einer einzigen Freiheitsstrafe für die Delikte der Militärdienstversäumnis und der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften ist rechtswidrig, da in Friedenszeiten eine Geldstrafe zu verhängen ist (E. 3).

**Art. 185 al. 1 let. c, 155 PPM ; art. 185 al. 1 let. d PPM ; art. 34a, 40 al. 1 et 43 al. 1 CPM ; dispositions essentielles de la procédure ; devoir de motiver en matière de**

---

**jugement par défaut ; violation des principes de fixation de la peine (application du principe de l'aggravation) (pourvoi en cassation)**

Si le prévenu a suffisamment pu s'exprimer sur les faits qui lui sont reprochés durant la procédure préliminaire, il ne peut être fait grief au défenseur d'office qui consent à la tenue des débats principaux malgré l'absence de son client d'avoir violé son droit à une défense efficace (consid. 2.2). La motivation du jugement par défaut est suffisante lorsque les parties sont informées de la portée du jugement et des moyens de droit à leur disposition (consid. 2.3). Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation au sens de l'art. 43 al 1 CPM en lien avec l'art. 40 al. 1 CPM n'est possible que si, dans un cas concret, les peines encourues pour les différentes infractions sont de même genre. Le prononcé d'une seule et même peine privative de liberté pour les infractions d'insoumission et de violation des prescriptions de service est contraire au droit, dès lors qu'en temps de paix, cette dernière n'est passible que d'une peine pécuniaire (consid. 3).

**Fatti:****A.**

A.b. La sentenza impugnata ha accertato i fatti seguenti.

[...]

X. \_\_\_\_\_ non si è presentato ai seguenti servizi militari a cui era stato regolarmente convocato: a) SIF 2019 (08.04 - 26.04.2019) con la Bttr art. 49/1 a B. \_\_\_\_\_ e b) SIF 2021 (31.05 - 18.06.2021) con la Bttr art. 49/1 a B. \_\_\_\_\_. Egli non si è inoltre presentato al TO 2021. X. \_\_\_\_\_ ha altresì omesso di comunicare il cambiamento di domicilio dopo aver lasciato la sua abitazione nell'ottobre 2021. Pure accertato è l'omesso annuncio della perdita del libretto di servizio, occorsa tra l'8 marzo 2018 e il 10 novembre 2021.

**Diritto:****2.**

2.1. L'Uditore in capo censura l'agire del Tribunale militare 3 nella misura in cui dalla sentenza impugnata non emergerebbero i motivi per cui l'istanza precedente ha ritenuto soddisfatte le condizioni di cui all'art. 155 PPM, in forza delle quali è stata disposta la procedura contumaciale. Con ciò, il ricorrente censura la carenza di motivazione della pronuncia dell'istanza precedente.

2.2. Con mente alla censura di cui al considerando precedente, giova rilevare che, nella sua pronuncia STMC 14 n° 24, consid. 3, questo Tribunale si è chinato sulla legittimazione a ricorrere per cassazione dell'Uditore in capo contro una sentenza contumaciale. Ne ha concluso che la tenuta di una procedura contumaciale ai sensi dell'art. 155 PPM non costituisce una violazione di un'essenziale disposizione procedurale ai sensi dell'art. 185 cpv. 1 lett. c PPM nella misura in cui, durante la procedura preliminare,

l'accusato ha potuto esprimersi sufficientemente sui fatti che gli sono contestati e il difensore d'ufficio, presente ai dibattimenti, ha acconsentito alla loro tenuta nonostante l'assenza dell'accusato, senza che possa essere rimproverato al patrocinatore d'averne in tal modo violato i diritti del proprio cliente ad una difesa efficace.

In casu il ricorrente non dimostra la ricorrenza dei presupposti di cui alla STMC 14 n° 24, consid. 3, atti a fondare la sua legittimazione ricorsuale per quanto attiene alla censura da lui sollevata. Al riguardo, l'Uditore in capo si limita a constatare che l'opponente è stato difeso in modo efficace, ancorché la difesa non abbia censurato la pena e la sua commisurazione, rilievi, questi ultimi, che il ricorrente muove al Tribunale militare 3 e che saranno trattati separatamente infra, al consid. 3. Nelle sue osservazioni al ricorso per cassazione, la difesa rileva come la motivazione della sentenza impugnata, ancorché stringata, sia a suo giudizio sufficiente. Aggiunge inoltre che X. \_\_\_\_\_ ha riconosciuto gli addebiti per cui è stato condannato e non si è opposto con cognizione di causa all'avvio della procedura contumaciale, ritenendone dati i requisiti di legge e ricadendo tale suo agire in una precisa strategia difensiva volta al riconoscimento da parte dell'opponente delle proprie omissioni, ossia un'assunzione di responsabilità con coscienza delle relative conseguenze e con la volontà di mettere il punto finale alla vicenda dinanzi alla giustizia militare.

Alla luce del fatto che il ricorrente non sostiene né sostanzia una violazione – peraltro neppure riscontrabile da parte di questo Tribunale – dei diritti dell'opponente ad una difesa efficace in punto alla scelta della procedura contumaciale da parte del Tribunale militare 3, la censura mossa dall'Uditore in capo quanto alla motivazione alla base della celebrazione della procedura contumaciale non è ammissibile alla luce della STMC 14 n° 24, consid. 3. Anche qualora fosse ammissibile, la censura sarebbe comunque infondata alla luce delle considerazioni di cui al considerando successivo.

2.3. Nella procedura contumaciale, l'art. 156 cpv. 1 PPM sancisce un obbligo di motivazione della sentenza contumaciale. Il diritto a una decisione motivata è un aspetto del diritto di essere sentito, di cui all'art. 29 cpv. 2 Cost. Esso impone all'autorità di menzionare almeno brevemente le ragioni che l'hanno indotta a decidere in un senso piuttosto che in un altro e di porre così l'interessato nelle condizioni di rendersi conto della portata del giudizio e delle eventuali possibilità di impugnazione (DTF 145 III 324 consid. 6.1). L'autorità non è tuttavia tenuta a pronunciarsi in modo esplicito ed esaustivo su tutti gli argomenti sollevati (fatti, mezzi di prova, censure), potendo limitarsi a quelli che, senza arbitrio, appaiono rilevanti per il giudizio, in quanto atti a influire sulla decisione (DTF 147 IV 409 consid. 5.3.4; 146 II 335 consid. 5.1). Inoltre, purché la comprensione non ne sia ostacolata, la motivazione di una decisione può anche essere implicita, risultare dai diversi considerandi della stessa o da rinvii ad altri atti (DTF 141 V 557 consid. 3.2.1).

Nel caso in esame, seppure con una motivazione succinta, l'autorità precedente ha sufficientemente motivato, in modo conforme al diritto di essere sentito, le ragioni alla base dell'avvio della procedura contumaciale. Il Tribunale militare 3 ha in effetti rilevato come, a seguito dell'assenza ingiustificata dell'imputato, non contestata dalle parti, si imponeva la forma contumaciale, l'assenza ingiustificata dell'accusato essendo peraltro la condizione ingenerante la procedura contumaciale (art. 155 cpv. 1 PPM). L'autorità precedente ha pure implicitamente constatato come la comparsa personale dell'accusato non fosse indispensabile ex art. 155 cpv. 2 PPM, circostanza non contestata dalle parti. La sentenza ha parimenti fatto riferimento agli art. 156 seg. PPM, come prescritto dall'art. 155 cpv. 4 PPM. Dalla sentenza impugnata si evince inoltre come l'opponente fosse stato interrogato nel corso dell'istruzione preparatoria. Ciò posto, il Tribunale militare 3 ha menzionato

almeno brevemente le ragioni che l'hanno indotto a decidere in un senso piuttosto che nell'altro, ponendo così le parti nelle condizioni di rendersi conto della portata del giudizio e delle eventuali possibilità di impugnazione. Anche qualora la censura di violazione del diritto di essere sentito, sollevata dal ricorrente, fosse ammissibile, essa non risulterebbe con ciò comunque fondata.

### 3.

L'Uditore in capo censura la commisurazione della pena, a suo dire costitutiva di una violazione del diritto penale militare giusta l'art. 185 cpv. 1 lett. d PPM. Il ricorrente rileva anzitutto come la pronuncia di una pena detentiva unica per i titoli di reato di omissione del servizio giusta l'art. 82 cpv. 1 lett. b CPM e di inosservanza di prescrizioni di servizio giusta l'art. 72 cpv. 1 CPM sia contraria ai disposti legali, ritenuto come, in tempo di pace, unicamente la pena pecuniaria sia contemplata. Il ricorrente censura inoltre la pronuncia di una pena detentiva quale pena unica, le tre condanne precedenti, per cui l'istanza precedente ha deciso la revoca della sospensione condizionale, interessando un genere di pena diverso, la pena pecuniaria. Con il che la pronuncia di una pena detentiva quale pena unica violerebbe l'art. 40 cpv. 1 CPM. Nelle sue osservazioni al ricorso per cassazione l'opponente ritiene invece l'agire dell'istanza inferiore conforme all'art. 34a CPM e dunque corretto.

3.1. Giusta l'art. 43 cpv.1 CPM, quando per uno o più reati risultano adempiute le condizioni per l'inflizione di più pene dello stesso genere, il giudice condanna l'autore alla pena prevista per il reato più grave aumentandola in misura adeguata. Non può tuttavia aumentare di oltre la metà il massimo della pena comminata. È in ogni modo vincolato al massimo legale del genere di pena. Giusta l'art. 40 cpv. 1 CPM, se, durante il periodo di prova, il condannato commette un crimine o un delitto e vi è pertanto da attendersi ch'egli commetterà nuovi reati, il giudice revoca la sospensione condizionale. Se la pena di cui è revocata la sospensione condizionale e la nuova pena sono dello stesso genere, il giudice pronuncia una pena unica in applicazione analogica dell'art. 43 CPM. Il Tribunale federale ha più volte avuto modo di rammentare i principi che reggono la commisurazione della pena, con mente anche al principio dell'inasprimento della pena e alla pronuncia di una pena unica che ne consegue (DTF 144 IV 313 consid. 1; sentenza 6B\_169/2022 del 24 maggio 2023 consid. 3.2 e rinvii). Giusta l'art. 47 CP, il giudice commisura la pena alla colpa dell'autore. Tiene conto della vita anteriore e delle condizioni personali dell'autore, nonché dell'effetto che la pena avrà sulla sua vita (cpv. 1); la colpa è determinata secondo il grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico offeso, secondo la reprobabilità dell'offesa, i moventi e gli obiettivi perseguiti, nonché, tenuto conto delle circostanze interne ed esterne, secondo la possibilità che l'autore aveva di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione (cpv. 2). Questa norma conferisce al giudice un ampio potere di apprezzamento. Il Tribunale federale interviene solo quando il giudice precedente cade nell'eccesso o nell'abuso del potere di apprezzamento, ossia laddove la pena esca dal quadro legale, sia valutata in base a elementi estranei all'art. 47 CP, oppure appaia eccessivamente severa o clemente (DTF 144 IV 313 consid. 1.2 e rinvii). Secondo l'art. 49 cpv. 1 CP, quando per uno o più reati risultano adempiute le condizioni per l'inflizione di più pene dello stesso genere, il giudice condanna l'autore alla pena prevista per il reato più grave aumentandola in misura adeguata. Non può tuttavia aumentare di oltre la metà il massimo della pena comminata. È in ogni modo vincolato al massimo legale del genere di pena. La pronuncia di una pena unica in applicazione del principio dell'inasprimento della pena di cui all'art. 49 cpv. 1 CP è possibile unicamente se nel caso concreto le pene

prospettate per sanzionare i singoli reati sono dello stesso genere (DTF 147 IV 241 consid. 3.2; 144 IV 313 consid. 1; sentenza del Tribunale federale 6B\_261/2023 dell'8 agosto 2023 consid. 2.1). Anche nel caso in cui la pena unica sia irrogata in applicazione analogica dei combinati art. 46 cpv. 1 e 49 cpv. 1 CP, i principi reggenti l'inasprimento della pena trovano parimenti applicazione (DTF 145 IV 146 consid. 2; sentenza del Tribunale federale 6B\_355/2021 del 22 marzo 2023 consid. 1.2). In caso di revoca della sospensione condizionale, il giudice deve formare una pena unica con la pena di cui è revocata la sospensione condizionale e la nuova pena. La pronuncia di una pena unica presuppone che la pena di cui è revocata la sospensione condizionale e la nuova pena siano dello stesso genere (DTF 145 IV 146 consid. 2.1-2.3). Per commisurare la pena unica, occorre partire dalla nuova pena, quale «pena base» (Einsatzstrafe). Successivamente, questa deve essere adeguatamente aumentata a causa della precedente condanna, di cui alla revoca della sospensione condizionale: il risultato è la pena unica (DTF 145 IV 146 consid. 2.4). In ogni caso, il giudice deve adeguatamente motivare la pena, requisito di motivazione che ha valenza pure nella procedura contumaciale (art. 50 CP, 156 cpv. 1 PPM; DTF 144 IV 313 consid. 1.2), ritenuto inoltre che l'adozione della procedura contumaciale non costituisce un criterio che il giudice può tenere in considerazione nella commisurazione della pena (art. 41 CPM, 47 CP; sentenza del Tribunale federale 6B\_156/2023 del 3 aprile 2023 consid. 1.3.1, destinata alla pubblicazione).

3.2. Le censure mosse dall'Uditore in capo in punto alla metodologia della commisurazione della pena risultano entrambe fondate.

3.2.1 Come evidenziato supra, al consid. 3.1, la pena da irrogare deve imperativamente situarsi all'interno del quadro legale, in difetto di che il giudice violerebbe non solo l'art. 43 CPM, ma ingenererebbe nel contempo una violazione del principio di legalità penale (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), di cui agli art. 1 CPM, art. 1 CP e 7 cpv. 1 CEDU (cfr. DTF 148 IV 329 consid. 5.1; sentenza del Tribunale federale 6B\_1153/2021 del 29 marzo 2023 consid. 2.3.2; sentenza CorteEDU Kononov contro Lettonia del 17 maggio 2010, n° 36376/04, § 185). L'art. 34a CPM è – analogamente al corrispondente art. 41 CP – una norma di coordinamento tra pena pecuniaria e pena detentiva. Essa trova applicazione unicamente nel caso di fattispecie per le quali è prevista sia la pena pecuniaria che la pena detentiva, e comunque limitatamente al caso in cui questi due generi di pena possano effettivamente essere in concorrenza (cfr. GORAN MAZZUCHELLI, in Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, 4a ed. 2018, n. 31 ad art. 41 CP). Nel caso in esame, sia l'art. 72 cpv. 1 CPM sia l'art. 82 cpv. 1 CPM contemplano entrambi unicamente la pena pecuniaria (art. 28 CPM). La pena detentiva (art. 34 CPM) non è invece contemplata, se non in tempo di guerra. In assenza di un'alternativa quanto al genere di pena l'art. 34a CPM – così come il corrispondente art. 41 CP – non può di riflesso trovare applicazione (cfr. DTF 147 IV 241 consid. 3.2; 144 IV 313 consid. 1.2, 1.3; sentenze del Tribunale federale 6B\_95/2023 del 12 luglio 2023 consid. 1.1; 6B\_1153/2021 del 29 marzo 2023 consid. 2.3.1, 2.3.3). Ne consegue che il Tribunale militare 3 ha irrogato un genere di pena che esce dal quadro legale. Giova inoltre rilevare che l'inasprimento della pena, di cui all'art. 43 cpv. 1 CPM, risulta in casu anch'esso contrario alla legge penale, il genere di pena comune essendo stato individuato in modo errato. La sentenza impugnata viola pertanto l'art. 43 cpv. 1 CPM, oltre agli art. 1 CPM e art. 7 cpv. CEDU.

3.2.2 Come evidenziato supra, al consid. 3.1, la pronuncia di una pena unica in applicazione del principio dell'inasprimento della pena di cui all'art. 43 cpv. 1 CPM, anche in combinazione con l'art. 40 cpv. 1 CPM, è possibile unicamente se nel caso concreto le

pene prospettate per sanzionare i singoli reati sono dello stesso genere (DTF 144 IV 313 consid. 1.1.1). Nel caso in esame, il Tribunale militare 3 ha pronunciato la pena unica nella forma della pena detentiva allorquando tutte e tre le pene irrogate in precedenza dal Ministero pubblico del Canton Ticino lo erano state in un genere di pena diverso, la pena pecuniaria. Ne segue che l'autorità precedente ha violato i principi che reggono l'inasprimento della pena di cui ai combinati art. 40 cpv. 1 e 43 cpv. 1 CPM. La sentenza impugnata viola pertanto la legge penale, e meglio i combinati art. 40 cpv. 1 e 43 cpv.1 CPM, anche per ciò che consente l'inasprimento, a seguito della revoca delle precedenti condanne, della pena irrogata.

(934, 15 settembre 2023, Uditore in capo contro Tribunale militare 3)

**Art. 41, 42 und 42a MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. c und d, 186 Abs. 1<sup>bis</sup> und 187 Abs. 1 MStP; Strafzumessung; Strafmilderung; Legitimation des Privatklägers; Anforderungen an die Beschwerdebegründung; Kassationsgründe der Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften und der Verletzung des Strafgesetzes (Kassationsbeschwerde)**

Der Privatkläger zeigt nicht auf und es ist nicht ersichtlich, dass das vorinstanzliche Urteil sich auf die Beurteilung seiner zivilrechtlichen Ansprüche auswirken kann (E. 1.2).

Es gilt das qualifizierte Rügeprinzip. Der Beschwerdeführer muss unter Hinweis auf den geltend gemachten Kassationsgrund genau darlegen, welche Bestimmungen er als verletzt erachtet und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Genügt eine Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht, ist auf diese nicht einzutreten (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2.1). Es besteht kein Anspruch auf Beurteilung einer Rechtsfrage, die sich nicht auf das Ergebnis des Verfahrens auswirkt (E. 2.2).

Strafmilderungsgründe mindern das Verschulden und sind daher im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen (E. 3.2.1). Es liegt im pflichtgemässen Ermessen des Sachgerichts, ob und in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das MKG greift nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafraum über- oder unterschritten hat, von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte entweder ausser Acht gelassen oder in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (Bestätigung der Rechtsprechung, E. 3.4). Im Rahmen seiner Begründungspflicht hat der Beschwerdeführer aufzuzeigen, inwiefern diese Kriterien erfüllt sind (E. 3.5).

**Art. 41, 42 et 42a CPM ; art. 185 al. 1 let. c et d, 186 al. 1<sup>bis</sup> et 187 al. 1 PPM ; fixation de la peine ; atténuation de la peine ; qualité pour recourir de la partie plaignante ; exigences concernant la motivation du recours ; motifs de cassation liés à la violation de dispositions essentielles de la procédure et à la violation de la loi pénale (pouvoi en cassation)**

La partie plaignante ne démontre pas et il n'apparaît pas que le jugement de l'autorité précédente pourrait avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles (consid. 1.2).

Le principe d'allégation qualifiée s'applique. Le recourant doit exposer précisément, en se référant au motif de cassation invoqué, quelles sont les dispositions qu'il considère comme ayant été violées et en quoi le jugement attaqué serait constitutif de cette violation. Si un recours ne satisfait pas aux exigences de motivation, il n'y a pas lieu d'entrer en matière (confirmation de la jurisprudence ; consid. 2.1). Il n'existe pas de droit à faire trancher une question juridique qui n'a pas d'incidence sur l'issue de la procédure (consid. 2.2).

Les motifs d'atténuation de la peine réduisent la culpabilité et doivent donc être pris en compte dans le cadre de la fixation de la peine (consid. 3.2.1). Il appartient au juge du fond de déterminer si et dans quelle mesure les différents critères de fixation de la peine doivent être considérés. Le TMC n'intervient dans la fixation de la peine que si l'autorité précédente a fixé une peine au-dessus ou au-dessous du cadre légal, si elle s'est fondée sur des critères juridiquement non pertinents, si des éléments d'appréciation importants ont été ignorés ou s'ils ont été mal appréciés en raison d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation (confirmation de la jurisprudence ; consid. 3.4). En lien avec son devoir de motivation, le recourant doit démontrer en quoi ces critères sont remplis (consid. 3.5).

**Art. 41, 42 e 42a CPM; art. 185 cpv. 1 lett. c e d, 186 cpv. 1bis e 187 cpv. 1 PPM; commisurazione della pena; attenuazione della pena; legittimazione dell'accusatore privato; requisiti per la motivazione del ricorso; motivi di cassazione per violazione di norme procedurali essenziali e per violazione della legge penale (ricorso per cassazione)**

L'accusatore privato non dimostra (e ciò non è nemmeno evidente in concreto) che la sentenza del tribunale inferiore possa influenzare la valutazione delle sue pretese civili (consid. 1.2).

Si applica il principio dell'allegazione. Il ricorrente deve indicare esattamente, facendo riferimento al motivo di cassazione invocato, quali disposizioni ritiene violate e in che modo la sentenza impugnata dovrebbe aver commesso la violazione. Se un ricorso non soddisfa i requisiti di motivazione, il TMC non entra nel merito dello stesso (conferma della giurisprudenza; consid. 2.1). Non esiste il diritto di esaminare una questione giuridica che non influisce sull'esito del procedimento (consid. 2.2).

I motivi di attenuazione della pena riducono la colpevolezza e devono quindi essere considerati nell'ambito della commisurazione della pena (consid. 3.2.1). Il tribunale di merito decide secondo il suo prudente apprezzamento se e in che misura considerare i vari fattori di commisurazione della pena. Il TMC interviene nella commisurazione della pena solo se il l'autorità inferiore ha ecceduto o infranto per difetto il limite legale, si è basata su criteri giuridicamente irrilevanti o ha trascurato o valutato erroneamente, eccedendo o abusando del suo potere di apprezzamento, aspetti essenziali (conferma della giurisprudenza, consid. 3.4). Nell'ambito del suo obbligo di motivazione, il ricorrente deve dimostrare in che modo tali criteri sono soddisfatti (consid. 3.5).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 19. November 2012 befanden sich der Angeklagte und D.\_\_\_\_\_ (GWK) im Rahmen ihrer Frühschicht mit ihrem zivilen Dienstfahrzeug auf einem öffentlichen Parkplatz auf der Passhöhe Zurzacherberg, Gemeinde Tegerfelden, und beobachteten den Verkehr in der Absicht, vorbeifahrende Fahrzeuge zu selektionieren und an geeigneter Stelle anzuhalten. Um ca. 9:35 Uhr fuhr W.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Privatkläger) mit einem VW

Passat mit dem Kennzeichen (...) von Tegerfelden herkommend in Richtung Bad Zurzach. Der Angeklagte und sein Beifahrer entschlossen sich, das Fahrzeug einer Routinekontrolle zu unterziehen. Nach dem Ortseingang Bad Zurzach konnten sie zu dem bis zu diesem Zeitpunkt korrekt fahrenden Privatkläger aufschliessen, worauf der Angeklagte und sein Beifahrer mit dem am zivilen Patrouillenfahrzeug angebrachten Haltezeichen «STOP GWK» auf sich aufmerksam zu machen versuchten.

Nachdem der Privatkläger, als er diese Aufforderung bemerkte, nicht anhielt, sondern sein Fahrzeug beschleunigte, entwickelte sich eine Verfolgungsjagd, welche von Bad Zurzach über Kaiserstuhl, Weiach und Glattfelden auf die Autobahn A 50 Richtung Bülach führte. Dabei gelang es dem Privatkläger nach Kaiserstuhl zwischenzeitlich, seine mit Blaulicht fahrenden Verfolger abzuhängen. Auf der A 50 benutzte der Privatkläger zunächst den Normalstreifen, weil die Überholspur aufgrund einer Baustelle gesperrt war. Nachdem er aufgrund des einspurigen Kolonnenverkehrs nicht mehr weiter beschleunigen konnte, konnten der Angeklagte und sein Beifahrer zu ihm aufschliessen. Daraufhin durchfuhr der Privatkläger die Baustellenabschrankung, fuhr auf den gesperrten Überholstreifen und beschleunigte dort erneut. Der Angeklagte und sein Beifahrer folgten dem Privatkläger parallel auf der Normalspur.

Bei Kilometer 6.1, Gemeindegebiet Zweidlen, endete die vom Privatkläger benützte Fahrspur, worauf dieser sein Fahrzeug um 9:47 Uhr anhielt. Der Angeklagte stoppte das Patrouillenfahrzeug daraufhin leicht hinter dem Fahrzeug des Privatklägers auf der Normalspur. Danach stiegen der Angeklagte und sein Beifahrer mit gezogenen Dienstwaffen aus ihrem Fahrzeug. D. \_\_\_\_\_ (GWK) lief vorne um das Dienstfahrzeug herum und näherte sich dem Fahrzeug des Privatklägers von vorne rechts, wobei er seine Dienstwaffe im Anschlag hielt und «Halt, Hände zeigen!» rief. Der Angeklagte seinerseits stieg gleichzeitig über die Absperrung, welche die Normalspur von der Überholspur trennte, und positionierte sich in kurzer Distanz neben dem rechten Hinterrad des Fahrzeugs des Privatklägers, wobei er seine Dienstwaffe im Anschlag hielt.

Unmittelbar nachdem sich der Angeklagte in Position gebracht hatte, beschleunigte der Privatkläger sein Fahrzeug im Rückwärtsgang und begann, sich in hohem Tempo vom Angeklagten zu entfernen. Als dieser realisierte, dass der Privatkläger sein Fahrzeug in Bewegung setzte, gab er mit seiner Dienstwaffe in kurzer Abfolge aus einer Distanz von ca. 40 cm bis max. ca. 6.5 Meter fünf Schüsse auf das rückwärtsfahrende Fahrzeug ab. Diese trafen das Fahrzeug an verschiedenen Stellen, der zweite oder dritte Schuss traf den Privatkläger von vorne kommend in seinem rechten Oberarm. Die dadurch erlittene Durchschussverletzung (Durchschuss durch M. trizeps brachii RQW frontal links) zog eine stationäre Behandlung von drei Tagen nach sich. Der Privatkläger fuhr trotz erfolgter Schussabgaben und erlittener Verletzung weiter rückwärts im Baustellenbereich, woraufhin der Angeklagte und sein Beifahrer den Sichtkontakt verloren und die Nacheile kurz darauf abbrachen.

## **B.**

Mit Urteil vom 16. April 2019 sprach das Militärgericht 2 den Angeklagten der versuchten Tötung im Sinne von Art. 115 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 MStG schuldig (Ziff. 1) und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt (Ziff. 2). Auf die Zivilklage des Privatklägers trat das Militärgericht 2 nicht ein (Ziff. 3). Die Kosten des Verfahrens von insgesamt Fr. 13'429.25, bestehend aus der Gerichtsgebühr von Fr. 1'600.– und den übrigen Kosten von Fr. 11'829.25, wurden dem Angeklagten auferlegt (Ziff. 4).

**C.**

Mit Urteil vom 23. November 2020 hiess das Militärappellationsgericht 2 (nachfolgend: MAG 2) die Appellation des Angeklagten gut, hob Ziff. 1, 2 und 4 des Urteils des Militärgerichts 2 vom 16. April 2019 auf und sprach ihn von Schuld und Strafe frei.

**D.**

Am 17. September 2021 hiess das Militärkassationsgericht (nachfolgend: MKG) die Kassationsbeschwerden des Auditors und des Privatklägers gut, hob das Urteil des MAG 2 vom 23. November 2020 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (MKGE 14 Nr. 34).

**E.**

Mit Entscheid vom 1. Dezember 2022 erklärte das MAG 2 den Angeklagten der versuchten Tötung im Sinne von Art. 115 MStG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 MStG und Art. 17a Abs. 1 MStG schuldig (Dispositiv-Ziff. 1), verurteilte diesen zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten (Dispositiv-Ziff. 2), schob den Vollzug der Freiheitsstrafe auf und setzte die Probezeit auf zwei Jahre fest (Dispositiv-Ziff. 3). Auf die Zivilklage des Privatklägers trat es nicht ein (Dispositiv-Ziff. 4).

**F.**

Bereits am 1. Dezember 2022 erhob der Privatkläger Kassationsbeschwerde. In seiner schriftlichen Begründung vom 28. März 2023 beantragt er, das Urteil des MAG 2 vom 1. Dezember 2022 sei aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an dieses zurückzuweisen. Unter Anrufung der Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. c und d MStP macht er geltend, das MAG 2 sei in unzulässiger Weise von den verbindlichen Erwägungen des Entscheids des MKG vom 17. September 2021 abgewichen und habe zu Unrecht einen Notstandsexzess im Sinne von Art. 17a Abs. 1 MStG bejaht.

Der Auditor meldete am 2. Dezember 2022 seinerseits Kassationsbeschwerde an, die er am 13. März 2023 begründete. Er beantragt unter Anrufung der Kassationsgründe nach Art. 185 Abs. 1 Bst. c und d MStP, das Urteil des MAG 2 vom 1. Dezember 2022 aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

[...]

**Erwägungen:**

**1.**

Gegen Urteile der Militärappellationsgerichte kann die Kassationsbeschwerde erhoben werden (Art. 184 Abs. 1 Bst. a des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]).

1.1 Der Auditor ist nach Art. 186 Abs. 1 MStP zur Kassationsbeschwerde berechtigt. Er hat diese rechtzeitig angemeldet (Art. 186 Abs. 2 MStP) und innert der ihm gesetzten Frist begründet (Art. 187 Abs. 1 MStP).

1.2 Die Privatkülerschaft kann Kassationsbeschwerde erheben, wenn sie sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und soweit das Urteil ihre zivilrechtlichen Ansprüche betrifft oder sich auf deren Beurteilung auswirken kann (Art. 186 Abs. 1<sup>bis</sup> MStP). Der Privatküler hat sich sowohl am erst- als auch am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Hingegen ist bereits das Militärgericht 2 auf die Zivilklage des Privatkülers nicht eingetreten. Es begründete dies damit, dass die Handlungen des Angeklagten in den Anwendungsbereich des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG; SR 170.32) fielen und gemäss Art. 3 Abs. 2 VG dem Geschädigten gegenüber dem Fehlbaren kein Anspruch zustehe.

Der Privatküler hat das Nichteintreten des Militärgerichts 2 auf die Zivilklage vor dem MAG 2 nicht angefochten und in seiner Stellungnahme zur Appellation des Angeklagten an das MAG 2 ausdrücklich die Bestätigung des Entscheids des Militärgerichts 2 vom 16. April 2019 beantragt. Obwohl die zivilrechtlichen Ansprüche dementsprechend nicht Streitgegenstand des Appellationsverfahrens waren, ist auch das MAG 2 in seinem vorliegend angefochtenen Entscheid formell auf die Zivilklage nicht eingetreten (Dispositiv-Ziffer 4). Ob damit die erste alternative Voraussetzung von Art. 186 Abs. 1<sup>bis</sup> MStP (soweit das Urteil die zivilrechtlichen Ansprüche betrifft) erfüllt ist, braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden, zumal die Kassationsbeschwerde des Privatkülers sich nicht gegen diesen Punkt des angefochtenen Entscheids richtet; die zivilrechtlichen Ansprüche sind demzufolge nicht Streitgegenstand des Verfahrens vor MKG.

Der Privatküler behauptet hingegen, das angefochtene Urteil des MAG 2 wirke sich auf die Beurteilung seiner zivilrechtlichen Ansprüche aus (zweite alternative Voraussetzung von Art. 186 Abs. 1<sup>bis</sup> MStP; Beschwerde, Rz. 2). Inwiefern dies vorliegend der Fall sein könnte, begründet er indes mit keinem Wort und ist – anders als im ersten Beschwerdeverfahren vor MKG, in welchem ein Freispruch zu beurteilen war (vgl. BGE 148 IV 124 E. 2.6.4) – auch nicht ersichtlich. Es mangelt dem Privatküler daher an der Beschwerdelegitimation, weshalb auf seine Beschwerde nicht einzutreten ist.

Damit kann offenbleiben, ob die Legitimation des Privatkülers nicht auch gestützt auf Art. 84o MStP zu verneinen wäre, wonach die Privatkülerschaft einen Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten kann, zumal die vorliegende Beschwerde sich in der Sache einzig gegen die Strafzumessung richtet.

Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aus dem Recht auf Leben nach Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) staatliche Schutz- und Handlungspflichten ableitet. So muss ein EMRK-Vertragsstaat wirksame Justizverfahren vorsehen, in denen Opfer von schweren Straftaten gegen Leib und Leben eine angemessene Wiedergutmachung erhalten können (EGMR, *Tănase/Rumänien*, Urteil vom 25. Juni 2019, Nr. 41720/13, § 157 ff.; vgl. auch BGE 146 IV 76 E. 4).

## 2.

2.1 Die Kassationsbeschwerde hat einen Antrag zu enthalten und ist schriftlich zu begründen (Art. 187 Abs. 1 MStP; MKGE 10 Nr. 96). Es gilt das qualifizierte Rügeprinzip. Der Beschwerdeführer 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 14 Nr. 27 E. 2). In der Beschwerdebegründung ist somit in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (vgl. für das Verfahren vor Bundesgericht Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes, BGG; SR 174.110). Um den Begründungsanforderungen zu genügen, muss der Beschwerdeführer mit seiner Kritik bei den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 146 IV 297 E. 1.2 m.H.). Das bedeutet, dass die Rechtschrift auf den angefochtenen Entscheid und seine Begründung Bezug nehmen und sich damit auseinandersetzen muss. Beruht der angefochtene Entscheid auf mehreren selbständigen Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln, hat der Beschwerdeführer darzulegen, dass jede von ihnen Recht verletzt (vgl. BGE 133 IV 119 E. 6.3; zuletzt: Urteil 6B\_533/2023 vom 18. Oktober 2023 E. 1.1). Genügt eine Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht, kann darauf nicht eingetreten werden (vgl. MKGE 14 Nr. 26 E. 1c).

2.2 Sodann hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Beurteilung einer Rechtsfrage, die sich nicht auf das Ergebnis des Verfahrens auswirkt (vgl. MKGE 14 Nr. 27 E. 3 f.; BGE 127 IV 97 E. 1b; 124 IV 94 E. 1a; Urteile 6B\_239/2012 vom 1. Februar 2013 E. 2.3; 6P.232/2006 vom 5. Juli 2007 E. 7.2.2, nicht publ. in: BGE 133 IV 308).

### 3.

Der Auditor ruft zwei Kassationsgründe an. Er bringt zum einen vor, das MAG 2 verletze eine wesentliche Verfahrensvorschrift, wodurch der Kassationsgrund gemäss Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP gegeben sei. Denn nach Art. 192 Abs. 1 MStP müsse das zuständige Sachgericht bei der Aufhebung seines Urteils und der Rückweisung der Sache durch das MKG dessen rechtliche Begründung der Neuurteilung zugrunde legen (sog. Bindungswirkung des Rückweisungsentscheids). Die Feststellungen des MAG 2 zur Notstandssituation und -handlung widersprächen jedoch den verbindlichen Erwägungen des Urteils des MKG vom 17. September 2021.

Zum anderen macht der Auditor den Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes gemäss Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP geltend. Die Vorinstanz habe die Bestimmung von Art. 17a Abs. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) über den entschuldigenden Notstand in Missachtung der Bindungswirkung des Rückweisungsentscheids und damit rechtsfehlerhaft angewendet (Beschwerde, Ziff. 9).

3.1 Die Bestimmung von Art. 17a Abs. 1 MStG hat den entschuldbaren Notstand zum Inhalt. Danach wird *milder* bestraft, wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um sich oder eine andere Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib, Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen oder andere hochwertige Güter zu retten, wenn ihm zuzumuten war, das gefährdete Gut preiszugeben. Diese Bestimmung führt nicht zur Anwendung eines privilegierten Straftatbestands (zu dem in diesem Fall bestehenden Doppelverwertungsverbot vgl. BGE 142 IV 14 E. 5.4), sondern statuiert bloss – aber immerhin – einen Strafmilderungsgrund.

### 3.2

3.2.1 Das MStG sieht weitere Strafmilderungsgründe vor. Zu erwähnen sind Art. 12a Abs. 4 (Begehen der Tat durch Unterlassung), Art. 16a Abs. 1 (entschuldbare Notwehr), Art. 19 (vermeidbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit), Art. 21 (Versuch), Art. 22 Abs. 1

(Rücktritt), Art. 24 (Gehilfenschaft), Art. 42 Bst. a (wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis, unter dem Eindruck einer schweren Drohung oder auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, gehandelt hat), Art. 42 Bst. b (wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist), Art. 42 Bst. c (wenn der Täter in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung gehandelt hat), Art. 42 Bst. d (wenn der Täter aufrichtige Reue betätigt hat) und Art. 42 Bst. e (wenn das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist und der Täter sich in dieser Zeit wohl verhalten hat).

Strafmilderungsgründe sind im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen. Dies vor dem Hintergrund, dass das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters bemisst (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 MStG). Allen Strafmilderungsgründen liegen Sachverhaltselemente zugrunde, die das begangene Unrecht mindern (vgl. Niggli/Göhlich, Basler Kommentar, 4. Aufl. 2019, N. 2 zu Art. 16 StGB; Trechsel/Geth, Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2021, N 2-4 zu Art. 18 StGB) und sich daher *verschuldensmindernd* auswirken, was zu einer mildereren Strafe führt (MKGE 14 Nr. 33 E. 5.3).

3.2.2 Liegt ein Strafmilderungsgrund vor, ist das Gericht nicht an die für den infrage stehenden Straftatbestand angedrohte Mindeststrafe gebunden (Art. 42a Abs. 1 MStG); das Gericht kann also ein für den betreffenden Tatbestand allenfalls vorgesehene Strafmindestmass – im Fall der vorsätzlichen Tötung Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren; Art. 115 MStG) – bis auf die für die einzelnen Straftaten festgesetzten Minima – die Mindestdauer der Freiheitsstrafe beträgt drei Tage; Art. 34 Abs. 1 MStG – herabsetzen. Es hat dabei freies Ermessen (BGE 142 IV 14 E. 5.4). Ausserdem kann das Gericht auf eine andere als die angedrohte Straftat erkennen; diesfalls ist es aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Straftat gebunden (Art. 42a Abs. 2 MStG).

3.3 Das MAG 2 ist bei der Strafzumessung zunächst mangels Eintritts des zur Vollendung der Tat gehörenden Erfolgs vom Strafmilderungsgrund nach Art. 21 Abs. 1 MStG (Versuch) ausgegangen. Sodann erachtete es die Voraussetzungen einer Strafmilderung gemäss Art. 17a Abs. 1 MStG (entschuldbarer Notstand) als erfüllt. Im Sinne einer Eventualerwägung erwog das MAG 2, dass die rechtliche Qualifikation des Schuld minderungsgrundes vorliegend insofern theoretischer Natur sei, als selbst bei Verneinung einer Notstandslage eine Strafmilderung gestützt auf Art. 42 Bst. a Ziff. 1 MStG (Handeln aus achtenswerten Beweggründen) möglich erscheine (MAG 2 E. III/4). Schliesslich hielt es fest, bei einer Verfahrensdauer von über zehn Jahren seien mehr als zwei Drittel der Verjährungsfrist von 15 Jahren (Art. 55 Abs. 1 Bst. b MStG) verstrichen. Unter Verweis auf BGE 140 IV 145 E. 3.1 folgerte das MAG 2, es sei der Strafmilderungsgrund des langen Zeitablaufs nach Art. 42 Bst. e MStG zwingend zu berücksichtigen (MAG 2 E. IV/2b).

3.4 Es liegt im pflichtgemässen Ermessen des Sachgerichts, ob und in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das MKG greift auf Beschwerde hin nur in die Strafzumessung 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 oder in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (MKGE 14 Nr. 33 E. 5.4 m.H.).

3.5 Im Rahmen seiner Begründungspflicht (E. 2.1) ist der Beschwerdeführer gehalten, dem MKG aufzuzeigen, inwiefern die vorgenannten Kriterien, die dem MKG erlauben, in die Strafzumessung einzugreifen, erfüllt sind. Diesen Anforderungen genügt die Beschwerde des Auditors nicht. Der Auditor bestreitet zu Recht nicht, dass die Strafmilderungsgründe nach Art. 21 Abs.1 (Versuch) und Art. 42 Bst. e MStG (langer Zeitablauf) vorliegen. Er wirft dem MAG 2 einzig vor, den Strafmilderungsgrund nach Art. 17a Abs. 1 MStG (entschuldbarer Notstand) bejaht zu haben. Mit der vorinstanzlichen Erwägung, anstelle dieser Bestimmung erscheine – gleichsam gleichwertig – eine Strafmilderung gestützt auf Art. 42 Bst. a Ziff. 1 MStG (Handeln aus achtenswerten Beweggründen) möglich (E. 3.3), setzt sich der Auditor nicht auseinander. Schliesslich zeigt er nicht ansatzweise auf, weshalb das MAG 2 bei Ausserachtlassung des Strafmilderungsgrunds von Art. 17a Abs. 1 MStG und trotz Vorliegens von mindestens zwei anderen Strafmilderungsgründen geradezu zwingend zu einer 12 Monate übersteigenden Freiheitsstrafe hätte gelangen müssen und insofern sein Ermessen überschritten oder missbraucht haben soll. Damit genügt die Beschwerde des Auditors den Begründungsanforderungen nicht.

#### 4.

Im Ergebnis kann weder auf die Beschwerde des Privatklägers noch jene des Auditors eingetreten werden.

Gemäss Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 4 MStP kann das MKG der Privatklägerschaft nach Art. 165a MStP Verfahrenskosten auferlegen. Diese Bestimmung sieht eine Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft indes nur vor, wenn die Verfahrenskosten durch ihre Anträge zum Zivilpunkt verursacht worden sind (Abs. 1) oder Antragsdelikte zu beurteilen waren (Abs. 2). Keine dieser Voraussetzungen ist hier erfüllt, sodass eine Kostenaufgabe zulasten des Privatklägers nicht infrage kommt. Der Privatkläger hat sodann aufgrund des Ausgangs des Verfahrens keinen Anspruch auf eine Entschädigung für seine Anwaltskosten (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 2<sup>bis</sup> MStP *e contrario*).

Sodann unterliegt (auch) der Auditor, sodass die Kosten dieses Verfahrens praxisgemäss zulasten der Eidgenossenschaft gehen (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 MStP). Angesichts des mit der Behandlung der beiden Beschwerden verbundenen Aufwands ist deren Höhe auf Fr. 3'000.– festzulegen.

(935, 20. Dezember 2023, Privatkläger und Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)