

Feuille Fédérale

Berne, 21 mars 1977 129^e année Volume I

N° 12

Paraît, en règle générale, chaque semaine. Prix: 85 francs par an, 48 fr. 50 pour six mois.
Etranger: 103 francs par an, plus la taxe postale d'abonnement ou de remboursement.

77.017

Message à l'appui d'un projet d'arrêté fédéral modifiant d'urgence le code pénal militaire

Du 2 mars 1977

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre avec le présent message le projet d'un arrêté fédéral visant à modifier le code pénal militaire quant à l'appel interjeté contre des décisions disciplinaires.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

Berne, le 2 mars 1977

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération,
Furgler

Le chancelier de la Confédération,
Huber



Vue d'ensemble

Le 8 juin 1976, la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, a rendu en la cause Engel et autres (membres de l'armée hollandaise) un arrêt dont il faut déduire que les arrêts de rigueur et même les arrêts simples constituent une privation de liberté selon l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme et ne sont donc licites que lorsqu'un militaire a été condamné régulièrement par un tribunal compétent.

La Suisse a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme le 28 novembre 1974. Son droit disciplinaire ne prévoyant pas d'autorité judiciaire, l'adaptation de ce droit à la Convention européenne des droits de l'homme selon l'interprétation qu'en donnent les organes de Strasbourg ne peut être évitée.

On procédera à cette adaptation lors de la révision du code pénal militaire ainsi que de l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée fédérale, qui est en cours. Cette année encore, vous aurez à vous prononcer sur le projet y relatif.

Après examen de la situation créée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, nous avons conclu qu'on pouvait attendre cette révision et que le droit de notre pays ne serait pas modifié jusque-là. Or, au cours de la discussion d'un cas jugé par la cour de droit administratif du Tribunal fédéral, les membres de celle-ci ont unanimement jugé que l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme doit être appliqué en tant que droit suisse.

Ainsi, une peine d'arrêts dont aurait été puni un militaire ne pourrait être accomplie qu'après le déroulement de la procédure de recours et la confirmation de la peine disciplinaire par une autorité judiciaire indépendante.

C'est l'auditeur en chef de l'armée qui se prononce en dernier ressort sur les recours en matière disciplinaire. Les membres de la Cour de droit administratif sont arrivés à la conclusion qu'il n'aurait pas l'indépendance d'un juge, de sorte que les exigences de la Convention des droits de l'homme ne seraient pas réalisées. Le rejet de recours disciplinaires par l'auditeur en chef serait donc contraire au droit. L'exécution de la peine d'arrêts pourrait non seulement provoquer un recours à la Commission européenne des droits de l'homme, mais aussi exposer l'auditeur en chef à des plaintes pénales pour séquestration.

Etant données ces considérations des membres de la Cour de droit administratif, il n'a plus été possible à l'auditeur en chef de continuer à juger des recours disciplinaires. Dans l'intérêt de l'exercice du pouvoir disciplinaire, il faut remédier

au plus vite à cette situation. De graves scrupules politiques interdisent de laisser les choses en suspens jusqu'à ce que, dans la procédure législative ordinaire, le code pénal militaire et l'organisation judiciaire pénale militaire créent des règles conformes à la convention européenne des droits de l'homme. C'est donc sous la forme d'un arrêté fédéral de portée générale et urgent que doit être créée la possibilité de déférer aux grands juges des tribunaux de division la décision sur les recours disciplinaires. Ainsi, les recours pendants pourraient être encore liquidés pour la plupart avant l'expiration du délai de prescription.

Message

1 Partie générale

11 Convention européenne des droits de l'homme et droit disciplinaire militaire

Avant la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme, nous vous avons adressé un rapport, un rapport complémentaire et un message.

111 Rapport du 9 décembre 1968 (FF 1968 II 1069)

Ce rapport a comparé la Convention européenne des droits de l'homme à l'ordre juridique suisse. Il en est résulté qu'un très grand nombre de dispositions du droit de notre pays paraissaient être en contradiction avec cette convention. On a répondu par la négative à la question de savoir si, pour tous ces cas, la Suisse ne pouvait adhérer qu'avec réserves à cette convention. Des réserves ne devaient être faites que dans les cas les plus importants. Le rapport expose qu'en définitive, ce seraient la Commission européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice qui devraient décider si un état de faits qui leur serait soumis constituerait une violation des obligations imposées à la Suisse par la convention. Quant au droit pénal et à la procédure pénale militaires, on a reconnu qu'un conflit pouvait surgir à propos de l'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme.

Toutefois, après avoir pesé les arguments et en se référant aux ouvrages qui traitent de la question, le rapport déclare textuellement ce qui suit:

...Nous croyons cependant pouvoir affirmer qu'en raison des rapports particuliers qui les lient à l'Etat (besondere Gewaltverhältnisse), les militaires sont tenus d'accepter des restrictions plus profondes à l'exercice de leurs droits que celles qui existent pour les autres titulaires des droits individuels. On doit dès lors admettre que la Convention ne saurait s'appliquer sans limitations à la situation spécifique qui est celle du militaire en service...

Enfin, il est intéressant de relever que la Commission européenne des droits de l'homme a considéré que l'article 6 de la Convention n'était pas applicable au droit pénal disciplinaire. Les dispositions de la Convention ne sont, d'une manière générale, pas adaptées aux particularités du droit disciplinaire qui, en matière militaire, vise au maintien de l'ordre et de la discipline au sein de la troupe (FF 1968 II 1105).

La conception exposée dans ce rapport est restée déterminante jusqu'au moment où elle a été corrigée par l'arrêt rendu le 8 juin 1976 par la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis cette date, il existe donc une situation nouvelle. Etant donné la façon dont on jugeait alors la situation, le rapport n'a

pas proposé de réserves pour le droit disciplinaire militaire. De telles réserves relatives à la convention et au premier protocole additionnel ne nous sont apparues indiquées qu'au sujet:

- des lois cantonales concernant l'internement administratif,
- d'exceptions au principe de la publicité pour certains débats judiciaires et le prononcé des jugements,
- des articles confessionnels d'exception,
- d'inégalités quant au droit à l'instruction,
- de la situation politique de la femme et des exceptions au caractère secret des élections (Landsgemeinde).

Par 88 voix contre 80, le Conseil national a pris connaissance, en l'approuvant, du rapport concluant que la convention devait être signée sous les réserves indiquées. Mais le Conseil des Etats a refusé son accord par 22 voix contre 20. Au vu du résultat de ce vote, nous avons renoncé à signer alors la convention.

112 Rapport complémentaire du 23 février 1972 (FF 1972 I 989)

A la suite d'interventions parlementaires, la question de l'adhésion de la Suisse à la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas cessé d'être examinée. Après que la constitution eut été modifiée quant au droit de vote et à l'éligibilité des femmes et que le message concernant l'article sur l'ordre des Jésuites eut été publié, nous vous avons présenté un rapport complémentaire qui ne contenait plus que trois réserves. Quant au droit pénal militaire et aux questions disciplinaires, nous en restions aux constatations faites dans le rapport de 1968. Le Conseil national prit alors acte du rapport sans opposition. Au Conseil des Etats, le rapport des voix fut de 22 contre 7. Dès lors, la convention européenne des droits de l'homme fut signée le 21 décembre 1972.

113 Message du 4 mars 1974 (FF 1974 I 1020)

Ce message a soumis aux Chambres fédérales la Convention européenne des droits de l'homme pour approbation. En même temps, nous nous sommes fait autoriser à déclarer que la Suisse reconnaissait la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme à traiter des recours individuels et admettait comme obligatoire la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme. Quant au droit disciplinaire militaire, le message s'écartait du point de vue soutenu précédemment et ajoutait:

...En outre, nous prévoyons de vous soumettre un projet de révision du code pénal militaire et de la procédure pénale militaire, qui définira notamment de manière plus précise les compétences de l'auditeur en chef et amènera les moyens de recours contre un ordre d'arrestation en tenant compte des dispositions de la convention (FF 1974 I 1026).

Le Conseil national se prononça alors pour l'adhésion par 87 voix contre 15. Au Conseil des Etats, le rapport des voix fut de 27 à 0.

La convention fut alors ratifiée le 28 novembre 1974.

12 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause Engel et autres

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juin 1976 constate notamment que les arrêts dits de rigueur du droit disciplinaire néerlandais – que le condamné doit accomplir enfermé jour et nuit dans une cellule – représentent, même lors d'une courte durée de deux jours, une privation de liberté au sens de l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme. La cour a été de l'avis qu'une privation de liberté, même à l'égard de membres des forces armées, ne serait licite que dans le cadre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et que, dans le cas concret, ce serait l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, qui serait applicable; ainsi, un homme ne pourrait être privé de sa liberté que «s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent». Cette disposition aurait été violée dans le cas Engel parce que les arrêts de rigueur ont été purgés avant qu'un tribunal ait eu l'occasion de se prononcer sur leur légitimité. Sur ce point, le jugement a été rendu par 9 voix contre 4. En revanche, le soldat Engel ne pouvait se plaindre d'une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, car la privation de liberté qui lui a été infligée était trop courte pour tomber dans le domaine du droit pénal.

13 Le droit disciplinaire militaire suisse à la lumière de l'arrêt du 8 juin 1976

131 Peines d'arrêts

Le droit pénal disciplinaire suisse connaît deux formes d'arrêts: les arrêts de rigueur et les arrêts simples.

La durée des premiers va de trois à vingt jours. Pour leur exécution, le coupable est enfermé jour et nuit dans un «local d'arrêts» spécial.

Il est indubitable que ces arrêts doivent être assimilés aux arrêts de rigueur du droit néerlandais et constituent ainsi, de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme, une privation de liberté au sens de l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme.

La durée des arrêts simples va de un à dix jours. Ils se distinguent des arrêts de rigueur en ceci que le détenu sort avec la troupe et ne passe que le temps libre dans les «locaux d'arrêts». Si l'on ne considère que cela, on peut se demander si les arrêts simples représentent une privation de liberté au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

Mais, lorsque ces arrêts sont purgés le dimanche ou un jour férié ou encore – ce qui arrive – hors du service, ils ne se distinguent plus en rien des arrêts de rigueur. C'est pourquoi, du point de vue de la Convention européenne des droits de l'homme, les deux sortes d'arrêts doivent être traitées de la même façon. Suivant les circonstances d'un cas concret, elles peuvent se distinguer; mais, en principe, une différenciation ne se justifie guère.

132 Procédure de recours

Le pouvoir disciplinaire appartient au commandant. Contre une décision disciplinaire, on peut recourir dans les 24 heures au chef de l'officier qui a infligé la punition. Lorsque certaines conditions sont réalisées, il est possible de recourir à l'auditeur en chef de l'armée contre cette deuxième décision.

Les recours ont un effet suspensif, à moins qu'ils ne soient manifestement abusifs.

Des peines disciplinaires peuvent aussi être prononcées par les autorités militaires cantonales et être déferées dans les cinq jours au Département militaire fédéral. La décision de celui-ci est définitive.

14 Conclusions à tirer de l'arrêt rendu le 8 juin 1976 par la Cour européenne des droits de l'homme

141 Réponse à des questions ordinaires

Le 7 juillet 1976, en réponse aux questions ordinaires Morf et Grobet, qui avaient été posées au Conseil national les 11 juin 1976 et 23 juin 1976, nous avons exposé les conséquences qui résultent, pour le droit disciplinaire militaire suisse, de l'arrêt du 8 juin 1976. Nous avons en particulier relevé ce qui suit: la Suisse a admis jusqu'ici, comme la minorité de la Cour européenne des droits de l'homme, que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas intégralement applicable dans le domaine militaire et qu'elle ne l'est notamment pas au droit disciplinaire militaire; mais la Suisse est obligée, par le droit des gens, d'adapter les normes de son droit aux dispositions de la convention telles qu'elles sont interprétées par les organes de Strasbourg; les travaux nécessaires

ont déjà commencé; les dispositions du droit disciplinaire militaire n'ont pas été abrogées par l'arrêt du 8 juin 1976 et continuent donc d'être en vigueur. Communication en a été faite le même jour par une circulaire du Département militaire fédéral aux commandants, services du département et autorités militaires cantonales.

142 Révision du code pénal militaire ainsi que de l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée fédérale

Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a rendu son arrêt, la révision du code pénal militaire ainsi que de l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée fédérale était sur le point de se terminer. La commission d'étude qui en était chargée a alors réexaminé son projet et proposé une réglementation de nature à harmoniser la procédure disciplinaire avec la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit pour l'essentiel de ceci:

Comme jusqu'ici, la réprimande et l'amende ne peuvent pas être déférées à un tribunal. Quant aux décisions disciplinaires infligeant des arrêts simples ou de rigueur, la possibilité d'un recours au commandant dont dépend immédiatement l'officier qui a pris la décision reste tout d'abord ouverte. Mais la décision de ce commandant pourra être déférée dans chaque cas au tribunal militaire compétent et non plus seulement, comme jusqu'ici, dans des cas particuliers à l'auditeur en chef.

Le recours, en première et en seconde instance, aura toujours un effet suspensif.

Pour ne pas trop charger l'appareil de la justice militaire, ce ne seront pas les tribunaux de division au complet, mais leurs présidents en qualité de juges uniques qui statueront sur les recours disciplinaires.

Afin d'établir une hiérarchie nette en matière de recours, il est prévu que les décisions sur les recours disciplinaires seront prises, selon le rang du commandant (ou de l'office), par le président du tribunal de division ou par le président du tribunal militaire d'appel qui sera créé. Les décisions du général ou du chef du Département militaire fédéral seront soumises au tribunal militaire de cassation siégeant au complet.

Les nombreuses peines disciplinaires prononcées hors du service par les autorités militaires cantonales pourront être déférées au directeur de l'Administration militaire fédérale et les peines d'arrêts confirmées par lui au président du tribunal militaire d'appel.

Le fait que les affaires disciplinaires seront jugées en dernier ressort par des tribunaux ordinaires satisfera aussi aux exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (procédure publique, défenseur).

Le militaire peut, dans tous les cas, renoncer à un recours. Ainsi, toutes les peines disciplinaires ne seront pas obligatoirement réexaminées par un tribunal.

15 Application immédiate de la Convention européenne des droits de l'homme

Comme nous l'avons exposé, nous étions jusqu'ici partis de l'idée que l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme n'était pas immédiatement applicable. Les membres de la Cour de droit administratif du Tribunal fédéral ont mis notre opinion en doute. Ils se sont prononcés sur l'applicabilité immédiate de cette disposition (caractère «self-executing») le 12 novembre 1976 dans la cause d'un soldat de la protection aérienne contre l'auditeur en chef de l'armée et le Département fédéral de justice et police concernant le refus de l'autorisation d'ouvrir une procédure pénale. En fait, il s'agit de ceci:

151 Recours de droit administratif d'un soldat de la protection aérienne

Le 6 novembre 1975, une recrue a été punie, par l'instructeur de compagnie de son école, de cinq jours d'arrêts de rigueur pour insubordination. Contre cette décision, elle a formé un recours, mais celui-ci a été rejeté par le commandant d'école. Le militaire a alors déféré cette deuxième décision à l'auditeur en chef, qui a également rejeté le recours. Se fondant sur cette dernière décision, le commandant d'arrondissement de Bâle-Ville a émis un ordre d'écrou selon lequel le militaire en question devait se présenter le 16 janvier 1976 au local d'arrêts militaires du Lohnhof, à Bâle, pour y purger ses arrêts.

Le 5 janvier 1976, le soldat en question nous a adressé une demande de nomination d'un auditeur en chef extraordinaire de l'armée et d'ouverture d'une procédure pénale militaire contre l'auditeur en chef en fonctions. Il soutenait que l'auditeur en chef se serait rendu coupable d'une tentative achevée de séquestration, parce que sa condamnation à des arrêts de rigueur était en contradiction avec la Convention européenne des droits de l'homme et en particulier n'avait pas été prononcée par un tribunal au sens de l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme. Si la peine d'arrêts devait être exécutée, l'auditeur en chef se serait rendu coupable de séquestration achevée.

L'exécution de la peine d'arrêts n'a pas été renvoyée.

Etant donné que l'auditeur en chef n'est pas justiciable de la justice militaire, mais des tribunaux civils, pour des délits qu'il aurait commis dans l'exercice de ses fonctions, tels que celui dont il s'agit, il fallait, pour ouvrir une procédure pénale contre lui en sa qualité de fonctionnaire de l'administration fédérale, requérir, conformément à l'article 15, 1^{er} alinéa, de la loi sur la responsabilité (RS 170.32), l'autorisation du Département fédéral de justice et police. A cette fin, le Département militaire fédéral a transmis la dénonciation au Département fédéral de justice et police. Celui-ci a refusé d'autoriser l'ouverture d'une procédure pénale vu l'absence de tout acte punissable.

Contre cette décision, le militaire puni a formé un recours de droit administratif. Il a conclu à ce que la décision du Département fédéral de justice et police soit annulée et à ce que l'ouverture d'une procédure pénale contre l'auditeur en chef de l'armée soit autorisée.

152 Arrêt du Tribunal fédéral

Le 12 novembre 1976, la cour de droit administratif du Tribunal fédéral a rejeté le recours pour la raison que l'auditeur en chef n'avait manifestement eu aucune intention délictuelle. Il était clair qu'on ne pouvait pas lui reprocher d'avoir, le sachant et le voulant, tenté illégalement de faire arrêter le recourant ou de le priver de sa liberté. C'était donc à juste titre que le Département fédéral de justice et police avait refusé l'autorisation de le poursuivre pénalement.

Mais il apparaît pour le moins douteux qu'on puisse désormais, dans des cas analogues, admettre encore chez l'auditeur en chef l'absence de l'élément subjectif du délit.

L'arrêt du Tribunal fédéral ne traite pas des conditions objectives de l'infraction, mais le juge rapporteur a cependant exposé qu'il y a un intérêt public considérable à savoir si l'auditeur en chef, sous l'empire de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme est encore autorisé et le sera également à l'avenir, à infliger cinq jours d'arrêts de rigueur en sa qualité d'autorité suprême de recours, ou si une telle compétence lui fait maintenant défaut.

Pour répondre à cette question, il faut, suivant les débats oraux et publics de la Cour de droit administratif, partir des considérations suivantes:

Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ne dit le droit en principe qu'entre les parties; l'arrêt du 8 juin 1976 n'oblige concrètement que le Royaume des Pays-Bas. Mais cet arrêt a intentionnellement laissé ouverte

la question de savoir quelles seraient, d'après l'article 50 de la Convention européenne des droits de l'homme, les conséquences du prononcé pour le Royaume des Pays-Bas (ch. 111 des motifs, ch. 22 du dispositif). A plus forte raison doit-on se demander quelles en seraient les suites si un militaire suisse s'adressait aux organes de la convention dans la même situation que les soldats hollandais. L'article 50 de la convention ne prévoit nullement que des principes du droit national seraient nuls s'ils n'étaient pas en harmonie avec celle-ci. En principe, la question de savoir quelles sont, sur le droit intérieur, les répercussions de l'adhésion à la convention doit ainsi être résolue d'après le droit national.

C'est donc selon le droit national suisse qu'il faut déterminer si l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme est devenu partie intégrante du droit national suisse et l'emporte donc sur les lois suisses plus anciennes qui ne seraient pas en harmonie avec lui. La question de l'applicabilité directe de l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la convention en tant que droit suisse est donc une question préjudicielle; si l'on devait y répondre par l'affirmative, l'actuelle procédure militaire suisse en matière de recours disciplinaires devrait s'effacer devant la convention dans la mesure où elle est en contradiction avec celle-ci (Jörg Müller, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, RDS 94/1975 I, 383; Dietrich Schindler, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz, RDS 94/1975 I 369).

Selon la conception suisse, la question de l'application immédiate des normes contenues dans des traités internationaux doit être résolue sur la base de leur applicabilité; il faut déterminer si les différentes règles du traité expriment un ordre ou une défense suffisamment clair pour pouvoir être appliqué sans plus par le juge (ATF 98 Ib 387, 101 Ib 290; Jörg Müller, op. cit. 383; Arnold Koller, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, vol. 8, 1971, 68 s.).

La plupart des règles de la Convention européenne des droits de l'homme sont assez précises pour pouvoir être immédiatement appliquées. C'est en particulier le cas de l'article 5, qui concrétise de façon plus précise le droit constitutionnel non écrit de la liberté personnelle.

Dans la mesure où les principes développés par la Cour européenne des droits de l'homme correspondent à une juste interprétation de l'article 5 de la convention, ils doivent aussi être appliqués par toutes les autorités suisses.

Comme le bien-fondé de cette conception ne peut être écarté a priori, l'auditeur en chef s'est vu dans l'impossibilité de continuer à statuer sur des recours sans s'exposer derechef à des poursuites pénales pour séquestration.

16 Application de l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme en tant que droit suisse

Notre procédure disciplinaire ne connaît pas de recours à des autorités judiciaires contre les décisions disciplinaires. Il est en effet douteux que l'auditeur en chef, dont l'indépendance est statuée à l'article 183^{ter} de l'organisation militaire, ait qualité de juge. A quel tribunal doit-on alors pouvoir recourir contre les décisions disciplinaires? Par quelle voie? Quelles sont les dispositions de procédure?

Après avoir examiné toutes les possibilités, nous envisageons de régler la question comme il suit:

161 Ordonnance d'exécution du Conseil fédéral ou arrêté fédéral urgent de portée générale?

Les autorités fédérales ont déjà reconnu depuis un certain temps que la Convention européenne des droits de l'homme occupe, dans l'ordre juridique intérieur, au moins le rang d'une loi (ATF 101 IV, p. 253 s.; FF 1974 I 1043). En outre, les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale puis ratifiés, ont force de loi et produisent donc leurs effets – s'ils contiennent des normes de portée générale – sans avoir été spécialement insérés dans une loi. Les rapports entre lois fédérales, arrêtés fédéraux de portée générale et autres traités internationaux sont régis par la règle «lex posterior derogat legi priori», c'est-à-dire que le traité international postérieur abroge la loi contraire antérieure.

Aux termes de l'article 102, chiffre 5, de la constitution, le Conseil fédéral pourvoit à l'exécution des lois et arrêtés de la Confédération. Cela implique la compétence d'édicter des ordonnances d'exécution car «même les ordonnances d'exécution qui établissent des normes ont, par rapport à la loi, une fonction exécutive puisque, comme les ordonnances administratives, elles en rendent possible l'application» (Fleiner/Giacometti, p. 801 en bas s.). Si l'on applique ce principe par analogie aux traités internationaux – ce qui ne paraît pas erroné puisque ceux-ci ont le même rang que les textes mentionnés à l'article 102, chiffre 5, de la constitution –, le Conseil fédéral aurait aussi la compétence d'édicter des ordonnances d'application pour des traités internationaux. L'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme déclare qu'en l'absence d'un jugement d'un tribunal, toute privation de liberté est illicite. Cette norme contient tous les principes juridiques primaires; on doit en effet admettre que la désignation du tribunal compétent et le choix d'une procédure appropriée appartient «à la réglementation détaillée d'une matière déjà ...régulée en principe» (Fleiner/Giacometti, p. 803 en bas).

On pourrait déduire de ces considérations que le Conseil fédéral serait compétent pour édicter, à propos de l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre a, de la convention –

qui l'emporte sur les dispositions légales contraires antérieures – une ordonnance d'exécution dans laquelle il prescrirait le tribunal compétent et la procédure. Cette conclusion suppose qu'il résulte sans plus de la convention quelles sont, dans le détail, les dispositions du code pénal militaire en contradiction avec elle. Toutefois, si l'on compare l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre *a*, de la convention avec les articles 212 et 213 du code pénal militaire, on ne peut nullement déterminer, dans le détail, quelles sont les dispositions du code pénal militaire qui, en vertu de la prééminence de la Convention européenne des droits de l'homme, ont perdu toute valeur. Cela serait le cas si ladite convention portait de la même question que le code pénal militaire – pour y répondre, à vrai dire, autrement. Mais ici, on a d'une part un principe, de l'autre une réglementation détaillée de procédure; celle-ci pourrait être adaptée de différentes façons à ce principe, par exemple si un tribunal remplaçait les autorités de recours prévues aux articles 209, 1^{er} alinéa, lettres *b* à *d*, 212 et 213 du code pénal militaire (chef du Département militaire fédéral, commandant en chef de l'armée, Conseil fédéral, auditeur en chef), ou si l'on introduisait l'appel (à un tribunal) qui est exclu par les articles 212, 4^e alinéa, et 213, 3^e alinéa, du code pénal militaire. Dans ces conditions, on ne peut pas dire que la Convention européenne des droits de l'homme remplace des normes précises du code pénal militaire. Or, pour que suffise une ordonnance d'exécution du Conseil fédéral, il serait nécessaire que, après comparaison de la convention avec le code pénal militaire et sur la base de l'axiome «*lex posterior derogat legi priori*», plus aucune question ne restât ouverte au niveau de la loi. Si – comme ici – des questions restent néanmoins sans réponse, c'est au législateur qu'il appartient de les résoudre.

Une réglementation au niveau de la loi est donc nécessaire. Etant donné que, dans la situation qui s'est dessinée, l'application du droit disciplinaire n'est pas garantie, on ne peut plus attendre jusqu'à la révision en vue du code pénal militaire. Il faut aussi empêcher que les cas pendants ne soient couverts par la prescription. Il est donc nécessaire d'édicter un arrêté fédéral urgent et de portée générale.

2 Partie spéciale: Commentaire des articles de l'arrêté fédéral

Article 209, 1^{er} alinéa, lettres c et d

Comme nouvelle autorité de recours en matière disciplinaire, le directeur de l'Administration militaire fédérale – au lieu du chef du Département militaire fédéral – sera investi de la compétence de statuer sur les recours dirigés contre les décisions disciplinaires prises par les autorités cantonales, sous réserve d'un appel à porter devant le grand juge du tribunal de division compétent. Lorsque

le recours disciplinaire frappe une décision disciplinaire prononcée par le chef du Département militaire fédéral, ce n'est pas le Conseil fédéral qui statuera en qualité d'autorité de recours, mais le Tribunal militaire de cassation au complet et en dernière instance.

Article 210, 3^e alinéa

L'article 5, chiffre 1^{er}, lettre *a*, de la Convention européenne des droits de l'homme exclut la possibilité de lever l'effet suspensif d'un recours disciplinaire. Il faut dès lors retirer à l'autorité de recours sa compétence actuelle d'ordonner l'exécution immédiate lorsque le recours est manifestement abusif.

Article 211, 3^e alinéa

La seconde phrase tient compte de la réglementation prévue, qui ne lie plus l'appel à certaines conditions et qui remplace l'auditeur en chef par des autorités judiciaires.

Article 212

Contre une décision sur recours en matière disciplinaire, la voie de l'appel ne sera plus ouverte seulement si des dispositions essentielles de la procédure ont été violées ou si la décision a été manifestement prise au mépris de faits essentiels. Pour que la règle de l'article 5, chiffre 1^{er}, lettre *a*, de la convention susdite soit respectée, il faut accorder sans restriction au militaire le droit de faire revoir judiciairement une décision lui infligeant des arrêts. A titre d'autorité d'appel, on a prévu le grand juge du tribunal de division compétent, fonctionnant comme juge unique. Ce sera le Tribunal militaire de cassation, lorsque la décision sur recours attaquée a été rendue par le chef du Département militaire fédéral.

La déclaration d'appel, à laquelle sera jointe la décision sur recours, sera adressée à l'auditeur en chef qui se chargera de la transmettre au tribunal compétent.

Dans la procédure d'appel, il faut aussi renoncer à la faculté d'ordonner, le cas échéant, l'exécution immédiate de la punition.

Article 213

Dans la procédure judiciaire où les peines d'arrêts sont revues, il faut respecter les garanties énumérées à l'article 6 de la convention (publicité, présomption d'innocence, défense, etc.). On a dès lors prévu des débats publics, pour lesquels sont applicables par analogie les règles de la procédure pénale militaire sur la publicité et la police de l'audience, l'instruction principale et sa préparation.

Comme document de base pour les débats, on prendra, en lieu et place d'un acte d'accusation, la décision disciplinaire accompagnée de la décision sur recours.

L'auditeur en chef dotera le Tribunal militaire de cassation des auditeurs nécessaires pour la bonne marche des débats.

En vertu de l'article 134 de l'OJPPM, l'instruction principale a lieu en la présence ininterrompue de l'auditeur. En matière disciplinaire, il convient de laisser à l'auditeur le soin de décider s'il veut intervenir aux débats. S'il y renonce, il est obligé de se prononcer par écrit sur l'appel.

La décision sur appel ne doit pas conduire à une aggravation de la punition. Elle est définitive, comme jusqu'ici.

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

31 Conséquences financières

La possibilité de déférer des recours disciplinaires aux grands juges des tribunaux de division pourrait, suivant les circonstances, avoir pour conséquence de modestes surcroîts de frais, qu'on ne peut toutefois pas encore évaluer pour le moment. Mais, comme il ne faut pas s'attendre à de nombreux recours par tribunal de division et que ceux-ci seront liquidés à la suite des séances régulières de ces tribunaux, les frais ne seront pas appréciables.

32 Effets sur l'état du personnel

L'arrêté fédéral n'aura pas de répercussion sur l'effectif du personnel.

33 Conséquences pour les cantons et les communes

L'arrêté fédéral proposé n'entraînera aucune charge pour les cantons ni les communes.

4 Constitutionnalité

La constitutionnalité du code pénal militaire résulte des articles 20 et 64^{bis} de la constitution.

Le présent arrêté fédéral de portée générale et urgent est soumis, en vertu de l'article 89^{bis}, 1^{er} et 2^e alinéas, de la constitution au référendum facultatif et sa durée doit être limitée. Il portera effet jusqu'à l'entrée en vigueur du code pénal militaire révisé. La durée des débats pour la révision de ce code ainsi que de l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée fédérale ne pouvant être évaluée pour le moment, l'arrêté fédéral doit rester en vigueur jusqu'au 31 décembre 1979, à moins qu'il ne soit abrogé auparavant par le code pénal militaire.

(Projet)

Arrêté fédéral modifiant le code pénal militaire

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le message du Conseil fédéral du 2 mars 1977¹⁾,

arrête:

I

Pour la durée de validité du présent arrêté, le code pénal militaire du 13 juin 1927²⁾ est modifié comme il suit:

Art. 209, 1^{er} al., let. c et d

¹ Le recours en matière disciplinaire doit être adressé:

- c. Lorsque la peine a été prononcée par une autorité militaire cantonale, au directeur de l'Administration militaire fédérale;
- d. Lorsque la peine a été prononcée par le chef du Département militaire fédéral, au Tribunal militaire de cassation.

Art. 210, 3^e al.

³ Le recours en matière disciplinaire suspend l'exécution de la peine.

Art. 211, 3^e al.

³ La décision motivée de l'autorité de recours sera notifiée par écrit aux intéressés. Elle mentionnera quels sont l'autorité et le délai d'appel.

¹⁾ FF 1977 I 1133

²⁾ RS 321.0

Art. 212

Appel contre
la décision
sur recours

¹ L'homme puni peut déférer par écrit la décision sur son recours contre la peine d'arrêts simples ou de rigueur au grand juge du tribunal de division compétent. Celui-ci statue comme juge unique.

² Lorsque cette décision a été prise par le chef du Département militaire fédéral, elle est déférée au Tribunal militaire de cassation.

³ La déclaration d'appel, à laquelle sera jointe la décision attaquée, sera adressée à l'auditeur en chef pour être transmise au tribunal d'appel compétent.

⁴ Pendant le service, le délai d'appel est de trois jours, hors du service, de dix jours à partir de la notification. Le jour de la notification n'est pas compté.

⁵ L'appel suspend l'exécution de la peine.

Art. 213

Procédure et
notification
de la décision
sur l'appel

¹ Les dispositions de l'organisation judiciaire et de la procédure pénale pour l'armée fédérale¹⁾ qui ont trait à la publicité des débats et à la police de l'audience, ainsi qu'à l'instruction principale et à sa préparation, sont applicables par analogie.

² La décision disciplinaire et la décision sur recours tiennent lieu d'acte d'accusation.

³ L'auditeur en chef met les auditeurs nécessaires à la disposition du Tribunal militaire de cassation.

⁴ L'auditeur peut renoncer à intervenir aux débats lorsqu'il s'est prononcé par écrit sur l'appel.

⁵ La décision sur appel ne peut aggraver la peine. Elle est définitive.

II

¹ Le présent arrêté est de portée générale.

² Il est déclaré urgent selon l'article 89^{bis}, 1^{er} alinéa, de la constitution et entre en vigueur le jour de son adoption.

³ Il est soumis au référendum facultatif conformément à l'article 89^{bis}, 2^e alinéa, de la constitution et a effet jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions révisées du code pénal militaire, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 1979.

¹⁾ RS 322.1