



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Transfert de certaines tâches et compétences de la justice militaire à la justice civile ; modification du code pénal militaire

Rapport explicatif

11 décembre 2020

1 Contexte

Par décision du 16 septembre 2011, le Conseil fédéral a approuvé le rapport du même jour intitulé *transfert des tâches de la justice militaire à la justice civile* (ci-après, *le rapport*). Le DDPS a été chargé de préparer, en collaboration avec le DFJP, un projet de modification des bases légales dans le sens de l'option 2 (*transfert de certaines tâches et compétences de la justice militaire à la justice civile*, rapport, p. 31 ss, ch. 7.2.2). Cette deuxième option se divise en deux volets.

- *Premier volet : modification de la compétence pour les civils en ce qui concerne les infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays*

Les civils qui contreviennent aux normes relatives au maintien du secret (art. 86, 106 et 107 du code pénal militaire [CPM])¹ doivent dorénavant être en partie soumis au code pénal ordinaire (CP)², c'est-à-dire aux nouvelles dispositions pénales correspondantes qui devront y être introduites. Ils devront comparaître devant la juridiction ordinaire (autorités de poursuite pénale et tribunaux pénaux) pour autant que l'infraction ait été commise en temps de paix et en l'absence de toute participation de la part de personnes soumises au code pénal militaire.

- *Second volet : jugement d'infractions militaires par un tribunal ordinaire*

Dans certains cas, l'auditeur en chef doit pouvoir déléguer la poursuite d'une infraction prévue par le code pénal militaire aux autorités ordinaires si aucune raison matérielle ne plaide en faveur de la compétence de la juridiction militaire. Le rapport propose donc de compléter l'art. 219 CPM d'un nouvel al. 3.

2 Présentation du projet

En principe, les documents envoyés dans le cadre de la présente consultation correspondent entièrement à ce qui est préconisé par l'option 2 du rapport. Les modifications législatives proposées requièrent l'adaptation du CPM, du CP et de la loi fédérale du 23 juin 1950 concernant la protection des ouvrages militaires³.

S'agissant du *jugement d'infractions militaires par un tribunal ordinaire*, ce sera l'art. 218 CPM, et non pas l'art. 219 comme proposé dans le rapport, qui sera complété. En outre, la compétence de délégation ne doit pas être attribuée à l'auditeur en chef mais au Conseil fédéral, pour le moins au niveau législatif.

Dans le cadre de ce second volet, et au-delà de ce qu'envisage le rapport, il est prévu, d'une part, d'adapter la loi fédérale du 23 juin 1950 concernant la protection des ouvrages militaires, dont les infractions relèvent de la justice militaire, et, d'autre part, de compléter le texte allemand de l'art. 220 CPM (introduction des contraventions).

¹ RS 321.0

² RS 311.0

³ RS 510.518

3 Commentaire des dispositions

3.1 Code pénal militaire (CPM)

Art. 3, al. 1

Ch. 7 : selon le rapport (p. 33, ch. 7.2.2.1), les civils devraient dorénavant être soumis au code pénal ordinaire lorsqu'ils commettent certaines infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays (art. 86, 106 et 107 CPM) pour autant qu'aucun militaire n'y participe. C'est la raison pour laquelle il convient de biffer la notion de *civil* du ch. 7 (voir rapport, p. 15 ss, ch. 3.2.2.4).

Le ch. 7 demeure inchangé à l'égard des militaires étrangers.

Ch. 7^{bis} : selon le rapport, le CPM doit rester applicable aux civils qui se rendent coupables de sabotage ou d'atteinte à la puissance défensive du pays ; il convient dès lors de prévoir une disposition dans ce sens.

Le rapport (p. 33, ch. 7.2.2.1) demande à ce que les civils qui commettent certaines infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays (art. 86, 106 et 107 CPM) en temps de paix soient dorénavant soumis au droit pénal ordinaire pour autant qu'ils n'aient pas agi de concert avec des militaires ; le CP ordinaire devra dès lors être complété par les dispositions pénales correspondantes (voir ch. 3.2 ci-après). Prenons par exemple le cas d'un civil qui s'empare sans droit d'une information classée SECRET en lien avec la défense nationale et qui la diffuse publiquement. Pour autant qu'il agisse de concert avec des militaires, il reste soumis au CPM ainsi qu'à la juridiction militaire, car il participe (en tant que coauteur, instigateur ou complice), avec des personnes soumises au droit pénal militaire, à une infraction purement militaire (art. 7, al. 1, en relation avec l'art. 220, al. 1, CPM). Il pourrait s'agir notamment d'un civil qui obtient et publie des informations classées SECRET en lien avec la défense nationale de la part d'un militaire qui a accès à ce type de données pendant son service.

Certes, il est fort probable qu'un tribunal pénal ordinaire ne dispose pas de connaissances spécialisées dans le domaine militaire. Il est dès lors indispensable de recourir à un expert ; il s'agit d'une pratique relativement fréquente, qui a également cours dans d'autres domaines.

Art. 4, ch. 1, 3^e et 6^e paragraphes

En temps de paix, l'assujettissement de civils au droit pénal militaire pour certaines infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays (art. 86, 106 et 107 CP) doit désormais se limiter aux cas dans lesquels des civils ont perpétré ces infractions purement militaires de concert avec personnes soumises au droit pénal militaire (art. 7, al. 1, en relation avec l'art. 220, al. 1, CPM). En cas de service actif, par contre, le Conseil fédéral doit conserver la possibilité de déférer à la justice militaire les civils qui commettent des infractions au sens des art. 86 (complément au 3^e paragraphe) et 106 (complément au 6^e paragraphe) CPM, même lorsqu'aucun militaire n'y a participé, raison pour laquelle l'art. 4, al. 1, CPM doit être complété (voir rapport, p. 17, ch. 3.2.2.4, dernier paragraphe).

En temps de guerre (art. 5 CPM), les civils qui commettent certaines infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays (art. 86, 106 et 107 CPM) doivent rester soumis à la juridiction pénale militaire, même en l'absence de toute participation de militaires aux infractions concernées. Toutefois, contrairement à ce qui prévaut pour l'art. 4 CPM, il n'est pas nécessaire de compléter l'art. 5 CPM, dont la phrase introductive à l'al. 1 englobe les personnes mentionnées à l'art. 4, même si

le Conseil fédéral n'a pas rendu de décision de soumission de civils au CPM en temps de service actif (voir KURT HAURI, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berne 1983, note 4 ad art. 4 CPM).

Art. 218, al. 5

Le nouvel al. 5 de l'art. 218 CPM permet de concrétiser le deuxième volet de l'option 2, c'est-à-dire le *jugement d'infractions militaires par un tribunal ordinaire*. Le rapport propose, à ces fins, de compléter l'art. 219 CPM (p. 34, ch. 7.2.2.2). Or, cet article règle la soumission au droit pénal ordinaire des personnes auxquelles le droit pénal militaire est applicable s'agissant d'infractions qui ne sont pas prévues par le CPM (exception faite de la loi fédérale sur la circulation routière⁴ et de la loi sur les stupéfiants⁵), ce qui n'est manifestement pas le cas des infractions dont il est question ici. Le complément requis pour l'art. 219 CPM constitue plutôt une exception au principe énoncé à l'art. 218, al. 1, CPM. Pour des raisons de systématique légale, il est donc préférable de rattacher cette nouvelle disposition à l'art. 218 CPM. Le terme *déferé* correspond à la formulation de l'art. 221 CPM.

Ce nouvel al. 5 permet au Conseil fédéral de déléguer la poursuite d'une infraction qui relève en principe de la juridiction militaire à la justice ordinaire le suspect est un civil, mais à condition qu'aucune raison matérielle ne justifie la compétence de la justice militaire. Plus l'infraction atteint ou menace un bien militaire juridiquement protégé, plus l'existence d'une telle raison est avérée. Sous l'angle matériel, il sied également de tenir compte du principe de l'unité de la procédure (art. 29 du code de procédure pénale⁶), aussi applicable en droit pénal militaire. Lorsqu'une raison matérielle justifie la compétence de la justice militaire, le Conseil fédéral ne peut pas transmettre l'affaire aux autorités pénales ordinaires. Le terme très large de raison matérielle laisse une marge d'appréciation considérable au Conseil fédéral. La proposition du législateur d'octroyer au Conseil fédéral la compétence de déférer des civils à la juridiction pénale ordinaire est innovante, dans le sens où il n'existe aucun instrument similaire dans toute la législation pénale suisse. Elle constitue également une exception au principe érigé par l'art. 9 CP, selon lequel une infraction relève soit de la compétence exclusive de la juridiction pénale ordinaire, soit de celle de la juridiction pénale militaire.

Le Conseil fédéral peut attribuer l'affaire aux autorités judiciaires ordinaires pendant n'importe quelle phase de la procédure ; pour autant que cela se justifie, une telle délégation est possible même avant l'ouverture formelle d'une enquête par la justice militaire. Une fois que la cause est en mains des autorités judiciaires ordinaires, celles-ci agissent selon leur propre droit procédural, tout en appliquant le droit matériel du CPM.

Notons encore que la solution proposée par le rapport ne répondra pas d'emblée à toutes les questions. Certaines d'entre elles devront être résolues par la jurisprudence en temps voulu, par exemple, celle de savoir si une partie ou un lésé peut, motivation à l'appui, exiger la transmission du dossier aux autorités pénales ordinaires de la part du Conseil fédéral et, le cas échéant, par quels moyens de droit le justiciable doit soulever d'éventuelles prétentions en ce sens. La réponse à cette question dépend de la mesure dans laquelle la désignation d'un tribunal ordinaire affecte les intérêts juridiquement protégés des parties, notamment ceux de l'accusé et du lésé. Très souvent, l'on ne peut pas dire à l'avance quelle juridiction offrirait une meilleure situation à la personne concernée sur le plan procédural ; l'on ne peut dès lors pas formuler de norme générale et abstraite à ce sujet. Il s'agit par conséquent de déterminer au cas par cas si la délégation du dossier porte atteinte à des intérêts

⁴ RS 741.01

⁵ RS 812.121

⁶ RS 312.0

juridiquement protégés des personnes concernées, et si celles-ci peuvent en tirer des prétentions juridiques. Il sied toutefois de constater qu'une personne déférée à la justice ordinaire perdrait, surtout en tant que prévenu, certains privilèges que lui accorde la procédure pénale militaire, notamment le droit d'avoir un défenseur d'office gratuit indépendamment de sa situation financière (art. 43, al. 2, et 44, al. 2, de l'ordonnance concernant la justice pénale militaire [OJPM]⁷). L'on peut donc en inférer que les personnes concernées ont le droit de prétendre à un contrôle de la décision de délégation.

Il se pose également la question de savoir si un tribunal pénal ordinaire est contraint d'accepter la délégation, ou s'il est habilité à en contrôler la légalité, d'office ou sur demande d'une partie, quitte à retourner le dossier si les conditions ne sont pas remplies.

Pour finir, il convient de rappeler que, selon le rapport, la compétence de déléguer des dossiers aux autorités judiciaires ordinaires n'aurait pas dû échoir au Conseil fédéral, mais à l'auditeur en chef. Une telle disposition eût toutefois été en discrédence avec les art. 220, al. 3 et 221 CPM, selon lesquels de telles décisions relèvent du Conseil fédéral. Cette compétence a ensuite été déléguée à l'auditeur en chef par voie d'ordonnance (art. 46, al. 2, OJPM). Il est dès lors approprié de procéder de la même manière ici, c'est-à-dire de déléguer cette compétence à l'auditeur en chef par l'intermédiaire d'une ordonnance, en l'occurrence l'OJPM.

Art. 220 Tribunaux compétents en cas de participation de civils

La modification ne concerne que le texte allemand, lequel ne soumet les civils aux tribunaux militaires que pour les crimes et les délits. Or, des contraventions ont été introduites dans le domaine des infractions purement militaires au sens des art. 61 à 85 CPM (notamment au sens de l'art. 84 CPM). Il est donc nécessaire d'élargir l'art. 220, al. 1, CPM à ces nouvelles contraventions. Il sied par conséquent de remplacer la première expression *Verbrechen oder Vergehen* (crime ou délit) par le terme générique de *Straftat* (infraction), qui inclut également les contraventions. Les art. 86 à 107 CPM, par contre, ne prévoient pas de contravention ; il n'est donc pas indispensable de remplacer la deuxième expression *Verbrechen oder Vergehen*, qui est en harmonie avec les autres dispositions du CPM.

Dans les textes latins, l'hyperonyme d'infraction (*reato* en italien) est utilisé dans les deux passages de l'art. 220, al. 1, CPM, ainsi que dans les autres dispositions du code. Il n'est donc pas nécessaire d'adapter le texte français.

Art. 223, al. 1

Lorsque le Conseil fédéral délègue une affaire à la juridiction ordinaire, la légalité de sa décision doit pouvoir être contrôlée par le Tribunal pénal fédéral par un procédé analogue à celui que prévoit l'actuel art. 223, al. 1, CPM. Un tel moyen de droit est d'autant plus nécessaire que ce changement de juridiction entraîne la perte de certains avantages que la procédure pénale militaire accorde au prévenu ou à l'accusé, comme le droit de se voir désigner un défenseur d'office indépendamment de ses moyens financiers (art. 43, al. 2, et 44, al. 2, OJPM). L'art. 223 CPM doit dès lors être complété en ce sens.

L'actuel art. 223, al. 1, CPM précise que le Tribunal pénal fédéral tranche de manière définitive dans les cas où se présentent des conflits de compétence entre les juridictions ordinaire et militaire. Les cas d'application les plus fréquents de cette disposition sont les décisions fondées sur l'art. 221 CPM, qui concernent des

⁷ RS 322.2

personnes inculpées de plusieurs infractions, dont les unes sont soumises à la juridiction militaire et les autres à la juridiction ordinaire. Il s'agit ici de conflits de compétence qui, en raison du principe d'unité de procédure (analogue à celui de l'art. 29 du code de procédure pénale [CPP]⁸), doivent impérativement être résolus. C'est la raison pour laquelle l'art. 221 CPM permet au Conseil fédéral, dans de tels cas, de déléguer l'ensemble des infractions soit à la juridiction militaire, soit à la juridiction ordinaire.

Toutefois, dans les cas visés à l'art. 218, al. 5, CPM, il n'y a aucun conflit de compétence préexistant. La justice militaire serait compétente dans tous les cas s'il n'y avait pas de décision de délégation, et le principe d'unité de la procédure ne serait pas menacé. Un éventuel conflit de compétence ne peut avoir lieu que dès le moment où une délégation intervient, en particulier lorsque la légalité de celle-ci est remise en question. Il convient donc d'adapter la loi en élargissant l'art. 223, al. 1, CPM à ce nouveau type de conflit, de sorte que la légalité d'une décision de délégation de dossier à la justice ordinaire fondée sur l'art. 218, al. 5, CPM puisse également faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

3.2 Code pénal (CP)

Art. 278a, 278b et 278c

Pour concrétiser le transfert de compétence évoqué ci-avant pour certaines infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays commises par des civils, il y a lieu d'introduire dans le CP les dispositions qui correspondent à celles du CPM.

L'art. 278a CP correspond à l'art. 86 CPM.

L'art. 278b CP correspond à l'art. 106, al. 1, 2 et 3, CPM. L'art. 106, al. 4, CPM, qui prévoit une peine disciplinaire dans les cas de peu de gravité, ne s'applique pas aux civils (le CP ne prévoit d'ailleurs pas ce type de sanction).

L'art. 278c CP correspond à l'art. 107 CPM, à l'exception de la dernière partie, qui traite d'une éventuelle peine disciplinaire (voir explications ad art. 278b CP).

Conformément au rapport, les actes mentionnés aux art. 278a à 278c CP ne seront jugés par des tribunaux ordinaires que dans l'hypothèse où ils auraient été commis en temps de paix et en l'absence de toute participation de militaires. Compte tenu de la teneur de l'art. 9, al. 1, CP (*Le présent code n'est pas applicable aux personnes dans la mesure où leurs actes doivent être jugés d'après le droit pénal militaire*) en lien avec l'art. 7, al. 1, CPM, il n'est pas nécessaire, juridiquement parlant, de reprendre à nouveau cette réserve dans la partie spéciale du CP, car elle aurait un caractère purement déclaratoire.

⁸ RS 312.0

3.3 Loi fédérale concernant la protection des ouvrages militaires

Art. 9

Al. 1 : une deuxième phrase permettant d'excepter les civils pour autant qu'aucune personne soumise au droit pénal militaire n'ait participé à l'infraction doit être ajoutée à cet article afin de concrétiser le volet intitulé *modification de la compétence pour les civils en ce qui concerne les infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays* (voir explications ad art. 3, al. 1, CPM ci-avant [troisième paragraphe]). Lorsqu'une personne soumise à la juridiction militaire participe (en tant que coauteur, instigateur ou complice) à l'infraction, les civils suspectés restent, comme auparavant, soumis au droit pénal militaire, même en temps de paix. Ce serait notamment le cas d'un militaire qui transmettrait à un civil des informations relatives à l'emplacement d'un ouvrage protégé par cette loi fédérale, afin de lui permettre de la photographier sans autorisation et d'en publier des images, lesquelles permettent de deviner l'emplacement de l'objet.

Al. 2 : étant donné le rapport de connexité matériel, la loi fédérale du 23 juin 1950 concernant la protection des ouvrages militaires doit également être adaptée dans le sens du volet intitulé *jugement d'infractions militaires par un tribunal ordinaire* ; il convient de procéder à une modification analogue à celle qui est prévue pour l'art. 218, al. 5, CPM (voir également les explications qui précèdent).

4 Conséquences

4.1 Conséquences en matière de personnel et de finances

Pour l'heure, il n'est pas possible d'évaluer définitivement les conséquences de la modification législative sur le personnel et les finances des juridictions concernées (voir rapport, p. 34, ch. 7.3.2). Il paraît toutefois aller de soi que les tribunaux militaires auront moins de travail et que les tribunaux ordinaires, par contre, en auront davantage.

La limitation du domaine de compétence des tribunaux militaires (selon le volet *modification de la compétence pour les civils en ce qui concerne les infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays*, de l'option 2) ne touche que très peu d'affaires, raison pour laquelle il ne faut pas s'attendre à des conséquences perceptibles en matière de personnel ou de finances, que ce soit pour la justice militaire ou pour la justice ordinaire.

Il est difficile de définir à l'avance les effets du nouvel art. 218, al. 5, CPM, qui octroie une compétence de délégation au Conseil fédéral (volet *jugement d'infractions militaires par un tribunal ordinaire*), sur le personnel et les finances, en particulier pour la juridiction ordinaire. Les dossiers pour lesquels une délégation au sens de l'art. 218, al. 5, CPM risque de s'appliquer le plus souvent sont les cas de service militaire étranger (art. 94 CPM). Il n'est dès lors pas exclu que la justice ordinaire doive reprendre des procédures exigeant beaucoup de travail et de temps. Étant donné que les procédures pour service militaire étranger ne sont pas très nombreuses (en moyenne quatre par année depuis l'année 2010), la charge supplémentaire potentielle qu'elles représentent pour la juridiction ordinaire devrait toutefois être gérable.

4.2 Autres conséquences

En l'état, l'on ne s'attend pas à d'autres conséquences.