

**Aus 29
mach 1**

**De 29
à l'unité**

Hearings
zum Bericht der
Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“

Auditions
sur le rapport de la
Commission d'experts „Unification de la procédure pénale“

**Protokolle
und schriftliche Stellungnahmen**

***Procès-verbaux
et prises de positions écrites***

Protokoll / *procès verbal* 12.6.1998

3

Protokoll / *procès verbal* 18.6.1998

27

Schriftliche Stellungnahmen der Vertreter
folgender Organisationen:

*Prises de position écrites des représentants
des organisations suivantes:*

▪ KKPKS	47
▪ KSBS	60
▪ DJS deutsch	68
▪ DJS französisch	79
▪ Universität Zürich	90
▪ Universität Bern	95
▪ KKJPD	112
▪ SAV	115
▪ SKG	129
▪ Universität Lausanne	150
▪ Universität Genf	156
▪ Universität Basel	168
Fragenkatalog (deutsch)	171
<i>Questionnaire (français)</i>	177



Expertenkommission
 "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts"
 Commission d'experts
 "Unification de la procédure pénale"



Protokoll des Hearings
 vom 12. Juni 1998
 beim Bundesamt für Justiz (BJ) in Bern
 9.30-13.00 Uhr

Vorsitz: Dr. Peter Müller (BJ)

Hearingsteilnehmer: Pierre Nidegger (KKPKS)
 Kurt Niederhauser (KKPKS)
 Dr. Thomas Hug (KSBS)
 Me Jean-Pierre Garbade (DJS)
 RA Peter Frei (DJS)
 Prof. Andreas Donatsch (Uni Zürich)
 Prof. Karl-Ludwig Kunz (Uni Bern)
 Dr. F. Bommer (Uni Bern)
 Prof. Stefan Trechsel (Uni St.Gallen)

Weitere Teilnehmer: Prof. Heinz Hausheer (Expertenkommission
 Revision MStP)
 Staatsanwalt Jean-Marc Schwenter
 (Expertenkommission Vereinheitlichung)
 Dr. Felix Bänziger (Expertenkommission
 Vereinheitlichung)

Wissenschaftliches Sekretariat: Dr. Peter Ullrich (BJ, Protokoll)
 Dr. Marlène Kistler (BJ, Protokoll)
 Dr. Ernst Gnägi (BJ)

Dr. Peter Müller: Ich begrüsse Sie zu diesem heutigen ersten Hearing zum Konzeptbericht für eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. Ich bin froh, wenn Sie uns Impulse geben, wenn Sie uns auch Warnschilder und Gefahrensignale aufstellen. Selbstverständlich haben Sie aber auch das Recht, ein Stoppsignal zu setzen, wenn Sie das Gefühl haben, die Arbeiten, wie sie bislang gelaufen sind, oder die Intentionen, die der Gesetzgeber verfolgt, würden in die falsche Richtung gehen.

Sie haben einen ziemlich ausführlichen Fragekatalog erhalten. Wir erwarten natürlich nicht, dass Sie sich zu all diesen Fragen äussern. Sie können und sollen Ihre spezifischen Anliegen und auch Ihre besonderen Kompetenzen hier einbringen. Immerhin gibt es eine Handvoll Fragen, auf die wir sehr gerne eine Antwort von Ihnen hätten, weil sie für den Fortgang des Projekts von entscheidender Bedeutung sind:

- Wie stehen Sie dem Vereinheitlichungsvorhaben insgesamt gegenüber?
- Ist es richtig, dass man diese Arbeiten vorwärtstreibt? Ist es richtig, dass wir auf eidgenössischer Ebene eine umfassende Regelung anstreben und uns nicht mit einem Rahmengesetz begnügen?
- Sind Sie damit einverstanden, dass, wenn man eine einheitliche Prozessordnung schaffen will, auch gewisse organisatorische Festlegungen vornehmen, namentlich ein Strafverfolgungsmodell konzipieren muss? Welches ist in Ihren Augen das richtige Strafverfolgungsmodell?
- Wie stehen Sie zum Opportunitätsprinzip, zum plea bargaining, zur Kronzeugenregelung, zum Zeugenschutz?

Wir werden Ihre Aussagen protokollieren und nachher schauen, welches die Tendenzen sind. Wir werden diese Tendenzen dem Departementschef rapportieren, der natürlich sehr interessiert ist, was heute und was nächste Woche geschieht. Aufgrund dieses Fazits wird ein Auftrag ergehen zur Erarbeitung eines eigentlichen Vernehmlassungsentwurfs (Entwurf mit Artikeln und mit einem Begleitkommentar). Grundlage dieses Entwurfs werden einerseits der Bericht und andererseits neue Tendenzen und neue Resultate, die sich aus diesen Hearings ergeben, sein. Es kann ja sein, dass gewisse Aussagen im Bericht sich nicht als mehrheitsfähig erweisen; dann würde wohl das Mandat der oder des Experten, der den Entwurf ausarbeitet, entsprechend angepasst.

Wenn alles gut geht, könnte mit den Arbeiten am Entwurf in der zweiten Hälfte dieses Jahres begonnen werden. Es kann auch sein, dass es noch ein bisschen dauert, bis die richtigen Personen gefunden sind; aber spätestens nächstes Jahr sollten diese Arbeiten laufen. Ich hoffe, dass wir schon bald eine eigentliche Vernehmlassung eröffnen können, bei der Sie natürlich wiederum Gelegenheit haben werden, sich zu äussern. Sie sehen, wir wollen dieses Projekt auch politisch sorgfältig abstützen. Wir wollen aber auch einen Rhythmus einschlagen, der garantiert, dass die neue StPO nicht allzu spät im nächsten Jahrtausend in Kraft treten kann.

Kurt Niederhauser (KKPKS) ¹: Ich möchte vorausschicken, dass wir keine Umfrage unter den Polizeikommandanten haben machen können. Das heisst, es könnte sein, dass in einem späteren Vernehmlassungsverfahren auf Seiten der Polizeikommandanten noch gewisse Nuancen erkennbar würden.

Aus der Sicht der Polizei ist es absolut notwendig, die Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes voranzutreiben, vor allem um den interkantonalen Polizeieinsatz, ja die Strafverfolgung auf allen Stufen zu verbessern. Wir ziehen im weitem eine umfassende Regelung einem *Rahmengesetz* vor, selbst wenn das für gewisse Kantone mit grundsätzlichen Neuorientierungen verbunden ist.

Zur *Gerichtsorganisation*: Ich bin persönlich ein Befürworter des Untersuchungsrichtermodells II, wie wir es im Kanton Bern kennen. Wir haben ein neues Strafprozessrecht, das auf den 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist. Ich denke, dass es die neuzeitlichen Strömungen eingefangen hat, und wir sind nach den ersten Erfahrungen mit diesem Modell mehrheitlich recht zufrieden. Mein Kollege Nidegger könnte sich auch mit dem UR-Modell I anfreunden. Wir sind im weitem der Auffassung, dass das Untersuchungsrichtermodell II nicht zwingend mit einem *Haftrichter* verbunden sein muss. Wir können uns sehr wohl vorstellen, dass ein Untersuchungsrichtermodell II eingeführt wird, das kein eigentliches Haftgericht kennt. Ich fühle mich darin bestärkt durch die Ausführungen des Bernischen Obergerichtes, das sich 1997 zu diesem Thema geäussert hat: „Der Einführung von speziellen Haftgerichten wurde da und dort mit Skepsis begegnet, die mittlerweile einer nüchternen Betrachtungsweise Platz gemacht hat. Ein erstes Fazit könnte in etwa wie folgt lauten: Die bernischen Haftgerichte haben von Anfang an einwandfrei funktioniert und die ihnen zugedachten Aufgaben erfüllt. Die Einführung des Instituts führte allerdings ebenfalls zu erheblichem administrativem und finanziellem Aufwand, ohne dass sich allerdings bisher an der eigentlichen Haftpraxis Entscheidendes verändert hätte.“

Zum *Anwendungsbereich*: Ist der vorläufige Ausschluss gewisser Verfahrensbereiche aus der eidgenössischen Strafprozessordnung sinnvoll und richtig? Wir denken, dass das Verfahren gegen Kinder und Jugendliche und das Ordnungsbussenverfahren ebenfalls in die eidgenössische StPO aufgenommen werden sollten. Die für den Ausschluss dieser Verfahren angeführten Begründungen erscheinen uns nicht stichhaltig.

Zu den *Behörden*: Ist es richtig, die Tätigkeit der Polizei im Rahmen des Vorverfahrens der Leitung und Aufsicht des Untersuchungsrichters zu unterstellen? - Ich finde, es ist richtig, mit der Einschränkung, dass die Polizei das Recht haben muss, Ermittlungen soweit selbständig voranzutreiben, bis sie sich über das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts im klaren ist. Wir verweisen hier auch noch auf die Ziffern 5.212 auf Seite 123 des Berichtes.

Zu den *Grundsätzen*, Ziffer 5.1.4.2: Können Sie sich den von der Expertenkommission skizzierten Grundsätzen des Datenschutzes im Strafverfahren anschliessen? - Grundsätzlich ja, allerdings mit dem Hinweis, dass der Datenschutz nicht weitergehen darf als er im bernischen Strafverfahren vorgesehen ist. Ich verweise auf den Artikel 217 des bernischen Strafverfahrens. Wir haben über diesen Punkt bei der Schaffung des bernischen Rechtes lange und recht hitzig gestritten, und ich denke,

¹ Vgl. schriftliche Stellungnahme der KKPKS im Anhang.

wir haben hier eine Lösung gefunden, die modern ist und die sowohl die Anliegen des Datenschutzes wie auch diejenigen der Polizei recht gut berücksichtigt.

Eine Bemerkung zu den *Verfahrensrechten*: Ist die von der Expertenkommission vorgesehene Ausgestaltung der Waffengleichheit der Parteien angemessen? - An und für sich ja. Wir haben aber eine Bemerkung zur Formulierung auf Seite 94 des Berichtes, erster Absatz, vierter Satz: Wir denken, dass der 2. Halbsatz („oder gegen diese eine Zwangsmassnahme angeordnet wird“) wegzulassen ist. Diese Formulierung könnte Verwirrung stiften, weil auch die Polizei im Rahmen des Vorverfahrens Zwangsmassnahmen anordnen kann und dies nicht dazu führen darf, dass der Beschuldigte bereits in diesem sehr frühen Stadium, wo die Polizei Zwangsmassnahmen anordnet, bereits Aktenéinsicht hat.

Zu den *Zwangsmassnahmen*: Wir denken, dass es nicht nur die Beschlagnahme, sondern auch die Sicherstellung als Beweismittel speziell zu regeln gilt. Wir machen eine Unterscheidung auch im heutigen Recht zwischen der richterlich angeordneten Beschlagnahme und der Sicherstellung als vorläufige Massnahme, die von der Polizei angeordnet wird. Ich denke, dass dies speziell aufgenommen werden sollte. Wir gehen im weiteren davon aus, dass die Hausdurchsuchung auch das blosses Betreten von Grundstücken, beispielsweise im Sinne des Artikels 212 BE-StPO einschliesst. Wenn dies nicht der Fall wäre, müsste eine entsprechende Lösung zusätzlich Platz greifen.

Dann zur Frage der *polizeilichen Ermittlungen*: Halten Sie die von der Expertenkommission getroffene Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen polizeilichen Ermittlungen für sachgerecht? - Grundsätzlich ja. Aber in dem Sinn, dass die Polizei das Recht haben muss, Ermittlungen auch selbständig voranzutreiben, bis sie sich über das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachtes im klaren ist. Ich verweise auf meine frühere Bemerkung.

Dann im selben Kapitel, Frage 5.214: Soll der Untersuchungsrichter der Polizei die *Einvernahme von Beschuldigten delegieren* können? Wir denken, dass dies im Ausnahmefall möglich sein sollte. Das entspricht auch der herrschenden Lehre und Praxis im Kanton Bern. Diese Frage hat zu einlässlichen Diskussionen geführt; wir konnten sie aber praxisgerecht regeln. Im Ausnahmefall sollte also die Einvernahme vom Untersuchungsrichter an die Polizei delegiert werden können.

Dr. Thomas Hug (KSBS): Wir haben im Rahmen des Vorstandes der KSBS den Bericht eingehend geprüft und diskutiert; meine Äusserungen geben in weiten Teilen die einheitliche Meinung des Vorstandes wieder [Für die Fortsetzung der Ausführungen *siehe Redemanuskript im Anhang.*]

Dr. Peter Müller: Beide bisher angehörten Hearingsteilnehmern haben angeregt, auch das Jugendstrafverfahren in die Vereinheitlichungsbestrebungen einzubeziehen. Wir sehen durchaus diese Gründe auch für diese Argumentation. Die Expertenkommission hatte aber schlichtweg ein Stück weit Kapazitätsgrenzen. Beim Jugendstrafverfahren sind die Verhältnisse noch unklarer, noch weniger wissenschaftlich erforscht als im Erwachsenenstrafprozess. Ich kann mich daher durchaus mit der Idee anfreunden, die Sie geäussert haben. Wir müssen uns dann allerdings überlegen,

wie wir zu Konzeptionen kommen. Es ist ja nicht so, dass die Expertenkommission ganz grundsätzlich dagegen eingestellt gewesen wäre. Ich befürchte jedoch, dies sei zurzeit fast nicht machbar, vor allem wegen der sehr beschränkten Ressourcen.

RA Peter Frei (DJS) ²: Wir halten uns im wesentlichen an Ihren Fragenkatalog: Zunächst zu Ziffer 1, *Allgemeines*: Wir begrüßen grundsätzlich die Anstrengungen zur Vereinheitlichung des Strafprozesses auf nationaler Ebene und auch das Konzept der Expertenkommission. Wir sind auch der Meinung, dass diese Vereinheitlichung rasch realisiert werden sollte, und dass noch weitere Themen einbezogen werden; dazu werde ich mich im einzelnen später äussern. Wir sind etwas erstaunt, dass kein Vertreter der Strafverteidigung in diese Expertenkommission eingeladen worden ist. Grundsätzlich sind wir der Auffassung, dass die Anliegen der Strafverteidigung im Rahmen dieses Expertenvorschlags teilweise zu kurz gekommen sind.

Zur Frage der *Notwendigkeit der Vereinheitlichung* des Strafprozessrechtes sind wir der Auffassung, dass eine einheitliche Rechtsanwendung in der gesamten Schweiz und die Steigerung der Rechtssicherheit im Strafprozess die Hauptgründe für die Vereinheitlichung bilden. Wir halten aber dafür, dass die Vereinheitlichung auf den materiellen Gehalt beschränkt werden und nicht zu stark in die kantonale Hoheit bezüglich der Kompetenzen der Polizei und der Gerichtsorganisation eingreifen sollte; dies allerdings unter Vorbehalt der Garantie der wichtigsten Prinzipien, nämlich der Vereinheitlichung der Rechtsmittelwege und der Rechtsmittelfristen.

Ein *Rahmengesetz* bildet aus unserer Sicht keine befriedigende Alternative, vielmehr sollten alle Strafverfahren nach Bundesrecht in einer vereinheitlichten StPO zusammengefasst werden, also auch Militärstrafprozess und Jugendstrafverfahren.

Ich komme nun zur *Gerichtsorganisation*. Hier erscheint es uns wichtig, dass man *sechs Grundprinzipien* berücksichtigt, dass aber im übrigen z.B. die konkrete Ausgestaltung der Namensgebung der Akteure im Strafprozess und die genaue Kompetenzregelung zu einem grossen Teil den Kantonen überlassen werden kann. Wir plädieren, *erstens*, für einen unabhängigen Untersuchungsrichter, der die Strafuntersuchung führt. Dann befürworten wir als *zweites* die Einführung eines Staatsanwalts mit Parteistellung während des Untersuchungs- und Überweisungsverfahrens, der schliesslich die Anklage vor Gericht vertritt. *Drittens* möchten wir, dass die Polizei verpflichtet wird, den untersuchungsführenden Justizbeamten vom Moment an zu informieren, in dem sie gegen eine ganz bestimmte Person einen hinreichenden Tatverdacht zur Kenntnis erhält; von da an sollen auch die selbständigen polizeilichen Ermittlungen beendet sein. Es ist für uns nicht massgebend, ob es sich bei diesem Justizbeamten um den Untersuchungsrichter oder den Staatsanwalt handelt. Es erscheint vielmehr notwendig, dass gegen den Einstellungsentscheid dieses Beamten schliesslich ein Rechtsmittel zur Verfügung gestellt wird. *Viertens* sind wir für die Einführung einer unabhängigen richterlichen Behörde für die Überprüfung der Untersuchungshaft in einem mündlichen und kontradiktorischen Verfahren, und zwar spätestens 8 Tage nach Anordnung der Untersuchungshaft. *Fünftens* befürworten wir eine gerichtliche Rechtsmittelinstanz zur Überprüfung der wichtigsten Entscheide des Untersuchungsrichters (Beschlagnahme, Rückweisung und Einstellung der Untersuchung) sowie zur Überprüfung von angeordneten Zwangsmassnahmen, wie

² Vgl. schriftliche Stellungnahme der DJS im Anhang (deutsch und französisch).

technischen Bewachungsmassnahmen, V-Mann-Einsatz. *Schliesslich* befürworten wir eine Vereinheitlichung der Rechtsmittelbegriffe bzw. der Rechtsmittelwege. Wir befürworten ebenfalls, dass eine Appellationsmöglichkeit besteht, und dass ein Rekurs oder eine Beschwerde zur Verfügung steht. Wir sind auch der Ansicht, dass die Fristen national vereinheitlicht werden sollten.

Was die neuen strafprozessualen Instrumente betrifft, so befürworten wir hier die Einführung des *Opportunitätsprinzips* in einem beschränkten Rahmen. Wir sind aber der Auffassung, dass man die Voraussetzungen der Anwendung des Opportunitätsprinzips klarer formulieren und zusätzliche Einstellungsgründe prüfen sollte (namentlich fehlendes Verfolgungsinteresse des Geschädigten, Fehlen bzw. Geringfügigkeit des Verschuldens bzw. des Schadens und Ersatz des Schadens).

Beim letzteren Fall - Einstellungsgrund des Schadenersatzes - bleibt unseres Erachtens auch ein ganz kleiner, eingeschränkter Platz für ein *plea bargaining*, nämlich wenn man festhält, dass der Beschuldigte den Schaden ersetzt hat und als Gegenleistung die Strafuntersuchung eingestellt werden kann. Dann unterstützen wir im Grundsatz, dass das Opportunitätsprinzip in jedem Verfahrensstadium, insbesondere auch im gerichtlichen Verfahren, anwendbar erklärt wird. Das bedarf aber der Zustimmung aller Parteien; diese sollen auch das Recht haben, die Einstellung nach Opportunitätsprinzip gerichtlich überprüfen zu lassen.

Eine *Kronzeugenregelung* wird von uns abgelehnt. Wir halten sie für systemfremd, und wir stellen uns gegen den Vorschlag, irgendwelche Privilegierungsmöglichkeiten gegenüber Zeugen vorzusehen.

Grundsätzlich sehen wir ein Problem beim *Zeugenschutz*. Der Entwurf sieht ja vor, dass generell Zeugen so geschützt werden sollen, wie der V-Mann. Das halten wir nicht für eine taugliche Lösung. Wir sind der Auffassung, nur in ganz speziellen Fällen sollte ein solcher Zeugenschutz vorgesehen werden. Prinzipiell sollen Zeugen in der Hauptverhandlung öffentlich gehört werden.

Kommen wir nun zu den *Verfahrensrechten*: Nebst unserem Anliegen, dass der Grundsatz der Waffengleichheit ausdrücklich statuiert werden sollte, ist die Ausgestaltung der Waffengleichheit nach dem Vorentwurf unseres Erachtens zu wenig präzise gefasst. Wir halten dafür, dass nach dem Standard von Artikel 5 Ziffer 4 EMRK die Erstellung eines Haftdossiers unumgänglich ist. In dieses Dossier sollen die Parteien nach Beginn der Inhaftnahme Einsicht erhalten; darin sollten die Grundlagen des Haftentscheids des Untersuchungsrichters enthalten sein.

Was die weiteren Verfahrensrechte betrifft, so sind wir dafür, dass die Parteien grundsätzlich immer Einsicht in alle Einvernahmeprotokolle des Beschuldigten erhalten sollen. Ferner sind uns die Teilnahmerechte der Verteidigung an den Untersuchungshafthandlungen wichtig; sie sollten kodifiziert werden. Der Verteidigung soll Zutritt zu allen Einvernahmen des Beschuldigten, der Zeugen und der Sachverständigen gewährt werden. Der Opferschutz nach dem Opferhilfegesetz und ein allenfalls zu gewährender Zeugenschutz bleibt natürlich vorbehalten. Zeugenschutz aber, wie gesagt, nur ausnahmsweise unter restriktiven Voraussetzungen. Wir haben noch die Frage diskutiert, ob im Fall notwendiger Verteidigung eine Teilnahmeverpflichtung des Verteidigers eingeführt werden soll. Ich denke aber, diese Frage müsste zusammen mit der Anwaltschaft diskutiert werden.

Im Fall der Delegation von Untersuchungshandlungen an die Polizei, die wir grundsätzlich für zulässig halten, sind aber dieselben Teilnahmerechte bei der Polizei zu gewährleisten, wie beim Untersuchungsrichter. Für Untersuchungshandlungen, die unter Verletzung dieser Teilnahmerechte der Verteidigung und des Angeschuldigten erfolgt sind, soll eine Nichtigkeitsbestimmung eingeführt werden, analog zu den §§ 14, 15 und 17 Absatz 2 der Strafprozessordnung des Kantons Zürich. Eine solche Regelung würde vielleicht als zu weitgehend kritisiert. Unseres Erachtens sollte sie aber vorgesehen werden, weil im gerichtlichen Hauptverfahren die Unmittelbarkeit eingeschränkt werden soll. Vor diesem Hintergrund scheint es uns gerechtfertigt, dass man diese Sanktionsbestimmung einführt.

Noch eine Bemerkung zu den *Beweismitteln*: Dort wird ja ein Zeugnisverweigerungsrecht wegen Familienbindungen unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen. Wir halten dies nicht für eine taugliche Lösung. Ich denke, dass würde auf eine Art Zeugniszwang hinauslaufen, und dies ist sicher nicht sinnvoll, wenn man gerade bei Delikten ermitteln muss, die in einem familiären Zusammenhang geschehen sind. Gerade hier kann man dieses Zeugnisverweigerungsrecht aus unserer Sicht nicht abschaffen. Diskutiert werden sollte unseres Erachtens auch noch die Frage, ob nicht zusätzliche Beweisverwertungsverbote eingeführt werden sollten. Ich denke hier an die Frage, wie weit Zeugen überhaupt taugliche Beweismittel sind. Dazu findet etwa in Deutschland eine grössere theoretische Diskussion statt, bis hin zu Vorschlägen, wonach man grundsätzlich auf Zeugen verzichten könne, weil sie sowieso nicht taugliche Beweismittel liefern.

Me Jean-Pierre Garbade (DJS) ³: S'agissant de la réglementation de la *défense des prévenus*, trois principes devraient être respectés:

1. Le choix de l'avocat devrait être absolu. Il n'y a pas de raison de restreindre le nombre d'avocats, sauf éventuellement dans le cadre de l'assistance judiciaire. Nous ne voyons pas pourquoi il ne pourrait pas y avoir deux ou trois avocats dans des affaires complexes.
2. Il faut faire une distinction claire entre la défense d'office (qui est la défense payée par l'Etat en cas d'indigence) et la défense obligatoire (qui est la défense considérée comme nécessaire pour des raisons de l'intérêt de la justice). Cette distinction n'est par exemple à Zurich pas assez claire. L'avocat d'office doit pouvoir être institué en cas d'indigence dès le jour où la personne est placée en détention préventive par le juge d'instruction. Tel est le cas au Tessin et à Genève. C'est à ce moment-là que le juge d'instruction devra aussi bien sûr informer le détenu de son droit d'avoir un avocat, du droit d'avertir un proche et d'autres droits. Quant à la défense obligatoire, on pourrait s'inspirer de la jurisprudence du Tribunal fédéral ; nous estimons en tout cas que la défense devrait devenir obligatoire lorsque la peine prévue est égale ou supérieure à six mois de privation de liberté.
3. Le prévenu, privé de liberté, doit pouvoir conférer librement et sans surveillance avec un avocat de son choix, dès que le dossier est transmis par la police au juge d'instruction. Ce droit ne saurait souffrir aucune exception. Il existe plusieurs pos-

³ Cf. En annexe la prise de position des Juristes démocrates de Suisse.

sibilités. A Genève, le parlement vient d'adopter une loi, selon laquelle l'avocat peut conférer avec son client au plus tard après 24 heures, c'est-à-dire au moment où l'officier de police transmet le dossier au juge d'instruction. L'avocat peut donc conférer avec son client détenu avant que le juge ne l'ait vu, ce qui n'implique toutefois pas le droit d'assister aux interrogatoires de la police dans ces premières 24 heures. Dans un arrêt du 28 novembre 1991 (A.S. contre Zurich), la Cour européenne des droits de l'homme s'est référée explicitement aux résolutions du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe 73.5 qui prévoient le droit de conférer librement avec un avocat dès l'incarcération, soit avant 24 heures. Tous les comités (par exemple le comité de prévention contre la torture, le comité européen, le comité de l'ONU) ainsi que de nombreuses législations de pays voisins prévoient la possibilité pour le détenu de conférer avec un avocat sans surveillance déjà lors de la garde à vue. Il ne faut pas prévoir ce droit seulement pour l'avocat défenseur. Pour l'avocat constitué, le Tribunal fédéral a jugé dans l'affaire Callot (ATF 119 (1995) la 505) que le droit de conférer librement avec un avocat vaut pour tous les avocats qui ont le droit de pratiquer en Suisse et pour les professeurs d'Université. Il est évident que le prévenu doit pouvoir conférer avec un avocat avant de savoir si celui-ci va se constituer (entretien préparatoire). Mais il peut y avoir aussi des situations où un détenu a un avocat pour une affaire privée ou administrative.

Nous préconisons la création d'une autorité judiciaire de **contrôle de la détention préventive**, indépendante du juge d'instruction. Ce système existe dans les quatre plus grands cantons de Suisse (Genève : depuis plus de dix ans ; Zurich : depuis quelques années ; Berne et Bâle viennent de l'introduire). La différence réside dans le délai durant lequel le juge de la détention (qui peut être par exemple la Chambre d'accusation) doit obligatoirement autoriser la prolongation de la détention. A Zurich, c'est au plus tard trois jours après que le juge a ordonné la détention préventive provisoire ou quatre jours après l'arrestation. A Genève, c'est huit jours après que le juge a ordonné la détention provisoire ou dix jours après l'arrestation. Les problèmes qui surgissent à Berne ou dans d'autres cantons (où l'on dit qu'en réalité, rien n'a changé avec l'introduction du juge de la détention) résident dans le fait que le juge d'instruction ne dispose pas du temps nécessaire pour faire les vérifications permettant le cas échéant de renoncer à demander la prolongation de la détention, car il est amené à solliciter cette autorisation immédiatement. Il ne se passe ensuite plus rien jusqu'à ce que les autorités judiciaires aient rendu leur décision.

Nous préconisons dès lors la procédure suivante :

- 1) La détention préventive est ordonnée par le juge ; mais elle doit être obligatoirement approuvée par une autorité judiciaire au plus tard après cinq jours ou huit jours (nous pensons que huit jours est un peu trop long !) après que le juge a décidé la mise en détention.
- 2) Le juge doit solliciter cette prolongation suffisamment tôt pour que l'autorité judiciaire puisse statuer dans le délai de cinq à huit jours.
- 3) La procédure devant l'autorité judiciaire doit être orale et contradictoire. Il appartient aux cantons de décider si l'audience doit être publique ou à huis clos. A Genève, c'est le détenu qui choisit lui-même si elle est publique ou à huis clos.
- 4) L'autorité judiciaire doit pouvoir prolonger la détention de trois mois au maximum, sous réserve d'une demande de mise en liberté.
- 5) Qu'en est-il du détenu qui est transféré d'un canton à l'autre ? Ce point n'a pas été abordé par la Commission. Selon nous, les délais indiqués durant lesquels la détention est autorisée doivent être respectés, même si le prévenu est transféré d'un canton à l'autre en vertu d'un mandat d'arrêt d'un autre juge. L'autorité judiciaire du canton dans lequel le prévenu est transféré est compétente pour autoriser la prolongation de la détention.
- 6) L'autorité de recours, saisie d'un recours du détenu contre une décision de refus de mise en liberté, doit rester compétente, même si le détenu est transféré d'un canton à l'autre (cf. à ce sujet l'arrêt du 26 septembre 1997 de la Cour européenne des droits de l'homme).

Nous pensons que le code de procédure pénale fédéral doit réglementer les conditions matérielles des **mesures de contrainte**, mais laisser aux cantons le choix des autorités compétentes. Il n'est notamment pas possible d'unifier au stade de la police et des mesures de contraintes policières les autorités compétentes, par exemple, pour autoriser une visite domiciliaire, décerner un mandat d'amener ou arrêter quelqu'un. L'article 12 de la Constitution genevoise exige impérativement un mandat d'amener décerné par un officier de police pour arrêter un suspect dans la rue. Il en va de même pour les visites domiciliaires. Nous pensons que les cantons doivent rester compétents pour ces questions. Quant au délai de garde à vue, un délai de 24 heures nous paraît suffisant. Il faudra préciser si le juge doit entendre le prévenu dans ce délai ou s'il dispose encore de 24 heures après ce délai.

Ce qui nous importe beaucoup, c'est l'unification des **voies de recours** et des délais. Il nous paraît impossible de prévoir une voie de recours contre tous les jugements avec le même pouvoir de cognition. Il nous semble difficile d'imposer aux cantons la création d'une voie d'appel contre les jugements d'une autorité ayant toujours, et sans exception, plein pouvoir de cognition, notamment au regard de l'institution du jury. Il faut susciter l'intérêt des cantons à constituer, par voie de concordat, des tribunaux d'appel interrégionaux.

Il nous paraît indispensable d'unifier le **droit à l'indemnisation**. Il est choquant de voir que les justiciables qui sont acquittés dans certains cantons (par ex. GE) ne

reçoivent aucune indemnité ou presque rien et ceux qui sont acquittés dans d'autres cantons (par ex. VD) reçoivent une indemnité complète. Il faut également prévoir l'indemnisation pour ceux qui sont acquittés partiellement et pour ceux qui sont condamnés à une peine inférieure à la détention préventive.

Dr. Felix Bänziger: Ich habe aus dem Votum von Herrn Kollegen Frei gehört, dass er einen unabhängigen UR will und einen Staatsanwalt mit Parteistellung. Damit haben Sie sich in der Modellfrage eigentlich noch nicht entscheiden. Ist es Ihnen egal, ob ein Ministère publique plaque tournante vorgesehen wird oder nicht?

RA Peter Frei: Ja, mehr oder weniger!

Me Jean-Pierre Garbade: Wir sind der Meinung, die einheitliche Strafprozessordnung dürfe dem Kanton nicht vorschreiben, welches dieser beiden Modelle er zu wählen hat, solange diese Grundprinzipien respektiert werden.

Prof. Andreas Donatsch (Uni Zürich): [Siehe Sprechmanuskript im Anhang.]

Prof. K.-L. Kunz (Uni Bern)⁴: Herr Dr. Bommer vertritt den Herrn Kollegen Guido Jenny, der heute nicht anwesend sein kann. Wir werden uns in der Stellungnahme abwechseln. Unsere mündliche Stellungnahme beschränkt sich auf einzelne von uns für besonders wichtig gehaltene Punkte.

Zum **Grundsatz der Reform** nur einige Worte: Die Vereinheitlichung des Strafrechts und das Bemühen darum wird von uns nachhaltig unterstützt. Ich darf nur darauf hinweisen, dass auf europäischer Ebene eine Kommission unter dem Vorsitz von Frau Delmas-Marty an einem einheitlichen Prozessrecht arbeitet. Auf europäischer Ebene gingen die Vereinheitlichungsbemühungen bisher ausschliesslich auf der Stufe der Polizei vorstatten; hingegen ist bei den Gerichtsbehörden bis jetzt keinerlei Vereinheitlichung erreicht worden. Das ist bedauerlich. In dieser Kommission ist die Modellfrage ausführlich und eingehend diskutiert worden. Ich denke, man könnte für die Schweizer Diskussion einiges davon lernen.

Wir plädieren nachhaltig für eine **umfassende Vereinheitlichung** des Strafrechts. Uns schwebt auf keinen Fall ein blosses Rahmengesetz vor; ein solches wäre sicher unzulänglich. Es ist auch schwer vorstellbar, mit welchem Inhalt ein solches Rahmengesetz ausgestattet sein könnte. Ich bin deshalb klar für eine umfassende Vereinheitlichung im Sinne einer konsistenten abschliessenden Regelung.

Dann glauben wir auch, dass eine minimale Vereinheitlichung der **Gerichtsorganisationen**, insbesondere hinsichtlich des Instanzenzuges, der Zahl und der Zusammensetzung der Instanzenorgane, notwendig ist. Dazu werden wir später noch einige Worte sagen.

⁴ Vgl. die gemeinsame schriftliche Stellungnahme der Vertreter der Universität Bern im Anhang.

Zur *Modellfrage* will ich ganz kurz Stellung nehmen, weil sie bereits von verschiedenen Vorrednern angesprochen wurde. Zwar sind die einzelnen Modelle, die erörtert werden nicht gleichwertig, was die Forderung nach einer effizienten Strafverfolgung betrifft. Es trifft zu, dass das Staatsanwaltschaftsmodell II im Ausgangspunkt bedeutend effizienter ist als das Untersuchungsrichtermodell I. Aber eben nur im Ausgangspunkt. In einem rechtsstaatlichen Verfahren wird eine Balance zu suchen sein zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit, und zwar bei jedem Modell. Bei einem an sich effizienteren Modell wird diese Balance eben umso stärker ausfallen müssen, sodass zumindest in der Praxis Unterschiede der einzelnen Modelle sich stark nivellieren werden. Ich habe persönlich schon mit sehr unterschiedlichen Modellen gearbeitet und empfinde die Unterschiede unter der Voraussetzung eines insgesamt an Prinzipien wie Fairness und Waffengleichheit ausgerichteten Strafverfahrens als gering.

Dr. F. Bommer (Uni Bern): Die Kommission befürwortet das UR-Modell I. Dazu wollen wir uns nicht noch weiter äussern, nur einen Punkt aufgreifen: den **Verzicht auf den unabhängigen Haftrichter**. Das mag richtig sein unter dem Gesichtspunkt der Rechtsprechung der Strassburger Organe. In der Sache, scheint uns, spricht aber vieles dafür, auch bei einem unabhängigen Untersuchungsrichter einen Haftrichter einzuführen bzw. beizubehalten. Die Perspektive des UR ist auf die anklagereife Ermittlung des Sachverhalts gerichtet. Und da ändert nichts, dass auch der Untersuchungsrichter zur Objektivität verpflichtet ist. Es ist aber nie die gleiche Objektivität, wie sie einem Richter in der Sache zukommt. Hier, scheint uns, wäre es ratsam, zur Kompensation von solchen rollenbedingten Objektivitätsdefiziten einen unabhängigen Haftrichter vorzusehen, auch bei einem UR-Modell I.

Eine weitere Überlegung: Bei der Telefon- und der technischen Überwachung sieht das Konzept zwar vor, dass der UR sie anordnen kann, aber er muss sie von einer übergeordneten Instanz genehmigen lassen. Wenn solches schon für die Überwachung gilt, dann müsste das eigentlich umso mehr für die Anordnung der Untersuchungshaft gelten, da diese ja bekanntlich deutlich stärker in die Persönlichkeitsrechte eingreift. Nach dem Konzept der Kommission ist es der UR, der über die Überweisung an das urteilende Gericht entscheidet. Hier besteht die Gefahr, dass er nach Anordnung der Untersuchungshaft in eine Art von Zugzwang gerät. Erstens wird er vermeiden wollen, allenfalls seine eigene Entscheidung nachträglich zu desavouieren, wenn sich der Anfangsverdacht nicht bestätigen lässt. Zweitens stellt sich dann notwendigerweise auch die Entschädigungsfrage für die Untersuchungshaft, über die ebenfalls der UR entscheiden müsste. Beides sind unseres Erachtens Entscheidungen, die man besser nicht demjenigen überträgt, der bereits die Untersuchungshaft angeordnet hat.

Ein letztes Bedenken: In der Voruntersuchung würde nach dem Konzept der UR die Untersuchungshaft anordnen. Wie steht es damit im Hauptverfahren? Das müsste wohl der Präsident des urteilenden Gerichts sein. Dann kommt aber die Frage auf, inwiefern man diesen noch als unabhängigen und unparteiischen Richter im Sinne der EMRK ansehen kann. Diese Bedenken beruhen nicht darauf, dass man dem UR die nötige Distanz nicht zutraut. Es geht nicht um die Frage guter/schlechter UR. Problematisch erscheinen uns vielmehr die verschiedenen Rollen, die man ein und demselben UR in einem und demselben Verfahren zumuten würde, wenn es keinen

unabhängigen Haftrichter gibt. Solche Doppelrollen sollte man unseres Erachtens möglichst vermeiden.

Dies gibt uns noch kurz Anlass zu einer generellen Bemerkung: Man sollte die ganze Übung nicht im alleinigen Bestreben anpacken, eine EMRK-sichere StPO zu schaffen. Wenn es in der Sache gute Gründe gibt, weiterzugehen als die EMRK, dann sollte man diese Chance ergreifen.

Prof. K.-L. Kunz: Zum *gemässigten Opportunitätsprinzip*: Grundsätzlich befürworten wir dieses, und wir befürworten auch, dass die Voraussetzungen des Opportunitätsprinzips bundeseinheitlich und abschliessend aufgezählt werden. Freilich stellt sich die Frage des Verhältnisses dieses prozessualen Opportunitätsprinzips zu den materiellrechtlichen Bagatellvorschriften im Vorentwurf für den Allgemeinen Teil StGB (Art. 54). Meines Erachtens ist eine prozessuale Vorschrift verzichtbar, sofern die materiellrechtliche kommt. Ich halte eine materiellrechtliche Regelung rechtsstaatlich für vorzugswürdig. Eine zweite Frage ist die der Voraussetzungen, die meines Erachtens hier nicht korrekt definiert sind. Eine korrekte Angabe der Voraussetzungen finden Sie im erwähnten Vorentwurf zum AT StGB. Es stellt sich ferner die Frage der faktischen Opportunität der Polizei. Ich bin persönlich der Auffassung, dass man hier keine ausdrückliche Regelung vorsehen sollte.

Zur *Kronzeugenregelung*: Wir sind klar der Auffassung, dass es einer Kronzeugenregelung weder bedarf noch dass sie hilfreich wäre. Stattdessen wird vorgeschlagen, eine Berücksichtigung der Aufklärungshilfe verstärkt vorzusehen. Da bin ich klar der Auffassung, dass eine Honorierung der Aufklärungshilfe eine Frage des materiellen Rechts ist und nicht des Prozessrechts. Soweit die Aufklärungshilfe strafmindernd zu berücksichtigen sein sollte, ist sie im Rahmen von Artikel 63 Strafgesetzbuch vorzusehen. Soweit Aufklärungshilfe in weitergehendem Masse gutzuschreiben sei, gibt es eine entsprechende Vorschrift in Artikel 260ter Ziffer 2 des Strafgesetzbuches. Daran wäre anzuknüpfen: die blosser Mithilfe bei der Aufklärung genügt hier nicht und sollte meines Erachtens auch nicht genügen; vielmehr ist zusätzlich die Verhinderung zumindest einer künftigen Tat zu verlangen.

Dr. F. Bommer: Zum *Zeugenschutz*: Der Bericht geht offenbar aus von einem Aussageverweigerungsrecht des gefährdeten Zeugen im geltenden Strafprozessrecht. Soweit es hier um die Gefährdung von Leib und Leben geht, habe ich, bessere Belehrung vorbehalten, nur die Bestimmung von Artikel 81 litera a der Prozessordnung von Freiburg gefunden. Das neue bernische Strafverfahren statuiert kein solches Zeugnisverweigerungsrecht. Hier möchten wir darauf aufmerksam machen, dass man an der Notstandsregelung des materiellen Rechts ohnehin nicht vorbeikommt. Man kann den Konflikt zwischen Aussagepflicht und drohender Gefährdung von Leib und Leben durch eine strafprozessuale Regelung nur insofern entschärfen, als man das Ausmass der Identifikation des Zeugen reduziert. Allerdings, das sagt auch die Kommission, gilt das natürlich nur für den dem Beschuldigten unbekannten Zeugen. Bei den andern bleibt das Problem bestehen. Zu solchen Schutzmassnahmen zugunsten gefährdeter Zeugen sagen wir im Prinzip ja. Nur noch zwei Bemerkungen dazu: Dem Gericht sollten zumindest die Personalien eines solchermassen geschützten Zeugen bekanntgegeben werden. Und zweitens: Es wird hier schwierig sein, genügend präzise Kriterien zu finden, um eine potentielle Gefährdung der Be-

weisperson, und zwar im Anfangsstadium des Verfahrens, hinreichend klar zu machen. Die Grenze zwischen Unannehmlichkeit und Unzumutbarkeit für einen Zeugen ist unscharf.

Der Bericht will die traditionellen *Zeugnisverweigerungsrechte* der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit und der Unehre nicht mehr anerkennen. Bei der Unehre scheint mir das in der Tat diskutabel, aber der Zwang zur Aussage auch bei drohender zivilrechtlicher Haftung stellt eine Abkehr dar vom nemo-tenetur-Grundsatz dar. Man wird hier unter dem Gesichtspunkt der Wertungskohärenz zu beachten haben, dass die Gefahr strafrechtlicher Verantwortlichkeit in der Regel zwar schwerer wiegt als diejenige von zivilrechtlicher Haftung, aber die Verurteilung wegen eines Strassenverkehrsdelikts verblasst im Vergleich zum drohenden wirtschaftlichen Ruin aufgrund einer aktenrechtlichen Verantwortlichkeitsklage.

Eine letzte Bemerkung dazu, dass kein aufgebautes Zeugenschutzprogramm etabliert werden soll. Hier möchten wir die Anregung machen, die Erfahrungen der Praxis mit der Notwendigkeit von Zeugenschutzprogrammen zu erheben. Es ist für uns sehr schwer zu beurteilen, inwiefern da ein Bedarf besteht. Zudem würde es bestimmt nicht schaden, wenn man auf gewisse Vorarbeiten zurückgreifen könnte, falls die Frage wider Erwarten einmal aktuell werden sollte.

Prof. K.-L. Kunz: Zu den *Behörden der Strafrechtspflege*: Wie bereits gesagt, erscheint es uns wichtig, in die Revision auch grundlegende Vereinheitlichungen der Gerichtsorganisation einzuführen. Dazu gehört, dass die Zahl und Art der Spruchkörper des Instanzenzuges zu bestimmen sind. Es geht darum, die Strafkompetenz von Einzelrichter und Kollegialgericht festzulegen. Diese Grenzziehung muss getragen sein von sachlichen Gesichtspunkten: von dem möglichen Ausmass der Strafe und von den Voraussetzungen, unter denen die Verhängung einer schweren Strafe auf mehrere Schultern verteilt werden soll. Schliesslich, was die Staatsanwaltschaft anbetrifft, muss deren Unabhängigkeit von der Exekutive gesetzlich sichergestellt sein. Mir scheint dies ein ganz wesentlicher Punkt, auch hinsichtlich der Modellfrage. Ein Staatsanwaltschaftsmodell könnte nur akzeptabel sein, wenn die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der Exekutive absolut sichergestellt ist.

Dr. F. Bommer: Das Thema *Zeugen/Zeugnisverweigerungsrecht* wegen Familienbindung wurde vorher schon von seiten der DJS angesprochen. Der Bericht postuliert eine Ausnahme vom Zeugnisverweigerungsrecht für den Fall einer Familienbeziehung zwischen Täter und Opfer; in diesem Fall soll das Opfer aussagen müssen. Nur als Anregung für die Formulierung einer entsprechenden Norm: Wenn man das zum Nennwert nehmen würde, müsste auch im Falle einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen erwachsenem Sohn und Vater ausgesagt werden. Man wird wohl die Aussagepflicht einschränken müssen auf Fälle, in denen es um die Abklärung von Straftaten von Eltern oder Verwandten an unter 16jährigen oder evtl. minderjährigen Kindern geht.

Die Kommission ist skeptisch gegenüber einem Zeugnisverweigerungsrecht für Personen, die nicht Artikel 321 des Strafgesetzbuches unterstehen. Wir teilen diese Skepsis; ein solches Aussageverweigerungsrecht nützt dem Betreffenden nichts. Wenn man hier etwas in diese Richtung tun wollte, dann müsste man wohl Artikel

321 StGB entsprechend revidieren oder im entsprechenden Spezialgesetz für ein Zeugnisverweigerungsrecht sorgen.

Prof. K.-L. Kunz: Zu 5.1.8.3 *Beweiswürdigung und Beweisverwertung*: Unseres Erachtens sollte der Grundsatz der freien Beweiswürdigung explizit im Gesetz genannt werden. Zur Frage des Beweisverwertungsverbots halten wir die Bemerkungen im Bericht für viel zu schwammig und konturlos. Dem Grundsatz, dass rechtswidrig erlangte Beweise nicht zu verwerten sind, ist unseres Erachtens zuzustimmen. Man sollte aber versuchen, eine präzisere Regelung für die Nicht-Verwertbarkeit zu finden, als die gegenwärtige bundesgerichtliche Praxis und auch dieser Vorschlag das vorsehen. Unseres Erachtens wäre das Kriterium die Unterscheidung zwischen Verletzung einer blossen Ordnungsvorschrift und Verletzung eines wesentlichen Prozessrechtsgrundsatzes. Oder anders ausgedrückt: Sobald die theoretische Möglichkeit besteht, dass bei korrekter Vorgehensweise der entsprechende Beweis nicht hätte erhoben werden können, dürfte er auch nicht verwertet werden.

Zur *Polizeihaft*, wo kein Recht auf anwaltliche Teilnahme an polizeilichen Einvernahmen vorgesehen ist, halten wir den sogenannten Anwalt der ersten Stunde für dringend erwünscht. Seine Zulassung sollte bereits während der Dauer der Polizeihaft erfolgen. Wir finden, dass sehr oft hier die entscheidenden Weichen für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens gestellt werden, und halten es für ein rechtsstaatliches Gebot, auf dieser Ebene eine genügende Verteidigungsmöglichkeit bereitzustellen. Die zahlreichen Argumente dagegen sind bekannt, überzeugen aber meines Erachtens alle nicht. Sollte der Anwalt der ersten Stunde abgelehnt werden, was wir nicht hoffen, so hätte man wenigstens darüber nachzudenken, ob die Polizeiprotokolle dann noch in der Hauptverhandlung als Beweismittel verwertet werden können.

Dr. F. Bommer: Zu den Voraussetzungen von *Beschlagnahme und Edition*: Hier erscheint uns wichtig, dass man die Zeugnisverweigerungsrechte ihrem Sinn nach auf die Editionsverweigerungsrechte und auf die Beschlagnahmeverbote überträgt. Die Kommission schlägt vor, für die *Überwachung von Bankkonten* eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu schaffen. Wir unterstützen das mit Nachdruck. Man befindet sich hier in einem Bereich, der grosse Ähnlichkeiten vor allem mit technischer Überwachung aufweist. In beiden Fällen weiss der Inhaber des Kontos nichts von der Zwangsmassnahme. Zudem ist sogar eine Entwicklung denkbar, dass Konten überwacht werden können, ohne dass selbst die Bank davon weiss. Solchen Erscheinungen kommt man mit den traditionellen Voraussetzungen von *Beschlagnahme und Edition* nicht mehr bei. Weil zudem auch die Abgrenzung zwischen *Beschlagnahme* von elektronisch gespeicherten Daten und der *Überwachung von Bankkonten* unsicher ist, sollte man hier eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage schaffen.

Zu den *Überwachungsmassnahmen und der technischen Überwachung*: Die Kommission erwägt, den Einsatz von technischen Überwachungsgeräten besonders zu regeln. Wir unterstützen auch dieses Anliegen nachhaltig aus mehreren Gründen: Die technische Überwachung ist bekanntlich ein wesentlich schwererer Eingriff als die Telefonüberwachung, weil der erfasste Bereich ungleich grösser ist und die Möglichkeiten des Überwachten, sich dem Eingriff zu entziehen, viel geringer sind. Hin-

sichtlich Drittüberwachung ergeben sich bei der technischen Überwachung Probleme, die man nicht einfach durch eine Verweisung auf die Telefonüberwachung lösen kann. Drittüberwachung bei Telefonverkehr knüpft an die Verdachtvoraussetzung an, dass die Drittperson Meldungen für den Beschuldigten entgegennimmt oder weitergibt, oder dass dieser ihren Telefonanschluss benutzt. Schon diese Voraussetzung ist nicht übertragbar auf die technische Überwachung. Wie soll man sich die Benützung eines Anschlusses im Zusammenhang mit technischer Überwachung vorstellen? Oder: was soll die technische Überwachung einer Drittperson, die im Verdacht steht, Meldungen für den Beschuldigten entgegenzunehmen? Das Problem der Drittüberwachung stellt sich hier also anders als bei der Telefonüberwachung. Aus diesem Grund scheint uns eine gesonderte Regelung dringend erwünscht. Ich betone das auch deshalb, weil der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs wiederum diese traditionelle Gleichschaltung von Telefon- und technischer Überwachung vornimmt.

Prof. K.-L. Kunz: Zur *DNA-Analyse*: Diese ist zwar eine im wesentlichen polizeiliche Massnahme. Soweit im Strafverfahren durchgeführt, geht es aber um eine sehr weitreichende Ermittlungshandlung, die in ihren Konsequenzen einer technischen Überwachung zumindest gleichkommt. Deshalb unterstützen wir das von Herrn Kollegen Donatsch genannte Anliegen einer zwingenden Anordnung durch den Richter nachdrücklich. Im übrigen sind wir der Meinung, dass die vorgesehenen Regelungen überprüfungsbedürftig sind. Was die strafprozessualen Garantien anbetrifft: Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen erlaubt ja diese Massnahmen unter bestimmten Voraussetzungen. Kritisch dabei ist einmal die Zustimmung des Betroffenen als genügende Voraussetzung. Ich denke, man müsste sich überlegen, ob dies insbesondere bei Massenfahndungen als Voraussetzung genügt; hier kann eine gewisse Drucksituation entstehen auf Zustimmung, respektive man macht sich verdächtig, wenn man sich nicht dazu bereit erklärt. Dann ist das Verhältnis der Zustimmung und der Subsidiarität unklar. Das Erfordernis, dass nur eine erhebliche Tatsache durch eine DNA-Analyse abzuklären ist, könnte besagen, dass um eine Zustimmung erst ersucht werden darf, wenn alle anderen Methoden sich als unzulänglich erwiesen haben. Die Frage ist: will man das, oder nicht? Dann scheint es mir nötig zu sein, zwischen dringend Tatverdächtigen und Nicht-Tatverdächtigen zu unterscheiden.

Dr. F. Bommer: Zum Schluss noch ein Wort zum *Beweisverfahren*: Die beschränkte Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, wie der Bericht sie vorschlägt, entspricht den neueren Prozessgesetzen der Schweiz. International, das hat Herr Prof. Donatsch vorhin auch erwähnt, geht der Trend eher in die entgegengesetzte Richtung. Trotzdem erachten wir eine beschränkte Unmittelbarkeit als sinnvoll, aber man müsste dann ausdrücklich sagen, welche Beweismassnahmen das Gericht noch in der Hauptverhandlung trifft, so wie das beispielsweise Artikel 295 Absatz 2 BE-StPO tut. Also diejenigen Beweise, die für Schuld oder Sanktion von erheblicher Bedeutung sein können und bei denen der persönliche Eindruck für die Bildung des richterlichen Urteils entscheidend ist. Als Gegengewicht zu einer so eingeschränkten Unmittelbarkeit müsste man ein ausdrückliches und weitgehend bestandesfestes Recht zur Stellung von Beweisanträgen statuieren. Leitlinie bei dieser Beschränkung der Unmittelbarkeit müsste sein, dass durch die Einschränkung dem Beschuldigten keine Verteidigungsmöglichkeiten abgeschnitten werden.

Dr. Peter Müller: Zwei Bemerkungen meinerseits: Es ist natürlich so, dass das Programm, das dem Konzeptbericht zugrundeliegt, sich mit Programmen überschneidet, die in anderen Rechtsetzungsvorhaben realisiert werden. Das gilt beispielsweise für das Opportunitätsprinzip, wofür wir auch in der AT-Revision Bestimmungen vorsehen; Herr Prof. Kunz hat darauf hingewiesen.

Ein zweiter Punkt zur aktuellen Information. Zeugenschutz und insbesondere Zeugenschutzprogramme sind sehr viel aktueller, als zum Teil angenommen wird. Vom Kriegsverbrechertribunal für Ex-Jugoslawien wurde die Schweiz angefragt, ob sie bereit wäre, Leute, die vor dem Tribunal ausgesagt haben und die an Leib und Leben gefährdet sind, hier aufzunehmen. Die Schweiz ist da in einer ganz schwierigen Position. Wir werden uns absprechen müssen, vor allem mit den Kantonen. Es ist eine Nagelprobe für eine glaubwürdige Strafprozessordnung, ob sie in der Lage ist, den Zeugen, die unter Gefahren aussagen, auch wirklich einen adäquaten Schutz zu gewährleisten. Die Frage wird viel schneller aktuell, als zum Teil angenommen, und wir müssen auf verschiedenen Ebenen Antworten darauf finden: auf der gesetzgeberischen und dann zum Teil auch auf der ganz praktischen Ebene.

Dr. Felix Bänziger: Ich habe eine Bemerkung und eine Frage. Die Bemerkung betrifft die Argumentation "wenn schon Telefonrichter, dann auch Haftrichter". Diese Argumentation erscheint mir nicht zulässig. Der "Telefonrichter" ist stellvertretend dazu da, die Interessen von jemandem zu wahren, der von der ganzen Sache nichts weiss, währendem der Verhaftete selbst dafür sorgen kann, dass die Frage seiner Verhaftung einem Richter unterbreitet wird. Sind Sie der Meinung, das Zeugnisverweigerungsrecht der Familienangehörigkeit verhindere Beschlagnahme und Edition.

Dr. F. Bommer: Nein, bin ich nicht dieser Meinung. Die Grundregelunterscheidung lautet: wollen wir den Zeugen vor einer Unzumutbarkeitssituation bewahren oder wollen wir ein institutionelles Vertrauensverhältnis schützen?

Prof. Stefan Trechsel (Uni St.Gallen): Ich spreche hier nicht als Vertreter der HSG (Universität St.Gallen), sondern in eigenem Namen.

Ich teile die sich jetzt offenbar doch ausbreitende Meinung, dass es wirklich an der Zeit ist, den schweizerischen Strafprozess zu vereinheitlichen, und ich bin froh darüber, dass ein Bericht vorliegt, der die Probleme erkannt hat und viele Lösungen anbietet. In sehr rascher Zeit ist dieser Bericht entstanden. Ich kam nicht umhin, etwa an die Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuchs zu denken, die in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts mit einer Bestandesaufnahme der kantonalen Strafgesetzbücher durch Carl Stooss begonnen hat. Etwas Analoges wurde hier offenbar nicht gemacht, was vielleicht ganz gut ist. Denn jeder, der aus einem Kanton kommt, sagt: "Vereinheitlichung ist wunderbar", denkt aber, "alle machen es dann so, wie wir". Man sollte sich möglichst lösen können von dieser Vorstellung. Ich finde es etwas bedauerlich, dass nicht mehr Mut in den Bericht geflossen ist und nicht nach der besten denkbaren Lösung gesucht wurde; vielmehr spürt man da schon von vornherein die Bereitschaft zum politischen Kompromiss.

Ich bin durchaus für eine Totallösung und halte die Vorstellung, man könne mit einem *Rahmengesetz* etwas erreichen, für verfehlt. Das scheint mir gar nicht zweckdienlich.

Ich möchte im weiteren nicht dem Fragebogen folgen, sondern nur einige Punkte herausnehmen. Diese Auswahl bedeutet freilich nicht, dass ich in allen anderen Punkten nichts zu sagen hätte und einverstanden wäre.

Zunächst zur *Trennung prozessualer Regeln von der Gerichtsorganisation*. Ich muss Ihnen gestehen, dass ich grosse Bedenken habe, ob das möglich ist. Es erscheint mir offensichtlich, dass es jedenfalls im Vorverfahren sowieso nicht funktionieren kann. Aber ist es realistisch, sich vorzustellen, dass dasselbe Gesetz mit denselben Verfahrensregeln für ein Geschworenengericht, für ein Kantonsgericht und eine Kriminalkammer gilt? Es gibt grosse Unterschiede in der Gerichtsorganisation! Wenn wir z.B. eine Hauptverhandlung haben, die einerseits durch das kantonale Gerichtsverfassungsrecht und zu einem anderen Teil durch eine eidgenössische StPO geregelt ist, so wird, glaube ich, dem Ziel der Rechtssicherheit nicht gedient.

Zum *Vorverfahren*: Dieses scheint mir wirklich ein zentraler Punkt zu sein, und es ist nicht erstaunlich, dass sich praktisch alle meine Vorredner dazu geäussert haben. Der Bericht stellt die verschiedenen Fälle in durchaus akzeptabler Weise vor. Als ich den Bericht gelesen habe und zum Staatsanwaltschaftsmodell II gekommen bin, habe ich spontan gefunden: Die haben es begriffen! Das ist in meinen Augen bei weitem die überzeugendste Darstellung, was bei den beiden Untersuchungsrichtermodellen nicht der Fall war.

Das Argument, dass vier Augen mehr sehen als zwei, erscheint mir etwas befremdlich. Denn der Staatsanwalt arbeitet ja nicht allein, sondern von vornherein als Kollektivbehörde mit vielleicht Dutzenden von Augen. Dagegen ist der Untersuchungsrichter nur gerade ein "Zweiäuger". Ich teile auch die Bedenken meiner Kollegen hinsichtlich der Richterstellung des Untersuchungsrichters. Diese hat nun einmal eine hybride Funktion. Seine Stellung ist doch stark diejenige eines "Jagdhundes" auf der Spur des Verbrechers. Der Untersuchungsrichter untersucht doch nur dann, wenn er sich auf die Hypothese stützt, er könne etwas finden, und die prägt auch seine innere Einstellung. Dies hat auch seine Bedeutung für seine Funktion, von der Artikel 5 Ziffer 3 der EMRK spricht, nämlich für die erste Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Haft. Zwar liegt bis jetzt kein Entscheid der Strassburger Instanzen vor, in welchem einem Untersuchungsrichter der klassischen Art die Richterfunktion abgesprochen würde. Wir sollten nicht unbedingt an einem Minimalstandard kleben. Der Untersuchungsrichter hat aber durchaus ein Interesse, dass der Verdächtige in Haft ist, das schon aus ganz praktischen Gründen: Er kann den Verhafteten leicht zur Befragung vorführen lassen, wenn etwa ein Zeuge ausgefallen ist. Diese praktische Erleichterung ist gewiss legitim, aber dadurch wird der Untersuchungsrichter nicht zum unbeteiligten Arbiter. Das Staatsanwaltschaftsmodell II mit einer hierarchisch gegliederten Staatsanwaltschaft als Untersuchungsbehörde ist bei weitem das effizienteste, und es muss auch nicht notwendigerweise zu rechtsstaatlichen Einbussen führen. Denn gekoppelt mit diesem Modell ist ein Zwangsmittelrichter, der sich nicht im Dunstkreis der Untersuchungs- und Anklagebehörden befindet, sondern wirklich ausserhalb steht, und der die beantragten Zwangsmassnahmen wirklich überprüft. In diesem Zusammenhang verweise ich auf die sogenannten St.Galler Thesen, die sich

für dieses Modell entschieden haben, welches im übrigen in den Kantone Basel-Stadt und Tessin praktiziert wird.

Auf Seite 142 des Berichts steht, der Staatsanwalt müsse im Hauptverfahren dann auftreten, wenn eine Strafe von fünf Jahren Zuchthaus oder mehr in Frage steht. Das ist meines Erachtens ein ganz schwerer Fauxpas. Man hat sich wohl keine Gedanken darüber gemacht, was die Teilnahme des Anklagevertreters im Hauptverfahren bedeutet. Sie bedeutet nämlich, dass dem Richter ermöglicht wird, tatsächlich als Unparteiischer zu urteilen. Man hat uns immer beigebracht, in der Schweiz verlaufe das Vorverfahren nach dem Inquisitionsprinzip, die Hauptverhandlung sei aber akkussatorisch strukturiert. Es ist ein reiner Schwindel, wenn in der Hauptverhandlung, neben dem Richter, nur der Beschuldigte mit seinem Verteidiger anwesend ist. Wer stellt in solchem Fall die anklägerischen Überlegungen an, wenn nicht der Richter? Dieser gerät so unweigerlich in eine Zwitterrolle, muss er sich doch laufend Gegenargumente zu dem ausdenken, was die Verteidigung vorbringt.

Es gibt ein EMRK-Urteil gegen Island (Serie A.239 vom 25. Juli 1992). Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein isländischer Schriftsteller und Journalist hatte die Polizei kritisiert und wurde in diesem Zusammenhang angeklagt. Es gab 12 Verhandlungen, und er beschwerte sich im nachhinein, bei 6 dieser Verhandlungen sei die Staatsanwaltschaft nicht vertreten gewesen, und deshalb sei das Gericht nicht unparteiisch gewesen. Die Kommission hat diese Beschwerde für zulässig erklärt; der Gerichtshof hat jedoch, wie bereits zuvor die Kommission, befunden, es habe keine Verletzung stattgefunden. In der Begründung wird dargetan, in den Verhandlungen, in denen die Staatsanwaltschaft nicht zugegen gewesen sei, sei deren Mitwirkung tatsächlich verzichtbar gewesen, etwa weil nur eine Videoaufzeichnung gezeigt, eine Verschiebung beschlossen, die schriftliche Verteidigungsschrift eingereicht oder prozessuale Fragen abgehandelt wurden. Wo es indes um die Sache gegangen sei - Beweisführung, rechtliche Auseinandersetzung -, sei die Staatsanwaltschaft anwesend gewesen, weshalb der Richter auch nicht als partiisch bezeichnet werden kann. Daraus zeigt sich deutlich, dass die Kontradiktorietät eine Voraussetzung dafür bildet, dass der Richter unparteiisch urteilt. Das heisst, dass man bei der Gerichtsorganisation die Gewichte anders legen muss. Man muss von den Einzelstaatsanwaltschaften abkommen und vermehrtes Personal für diese Behörden vorsehen; gewisse Einsparungen können, auf der anderen Seite, bei den Untersuchungsrichtern vorgenommen werden. Will man ein EMRK-konformes Verfahren schaffen, kommt man nicht darum herum, auch die Gerichtsorganisation neu zu überdenken.

Als nächstes möchte ich die Frage des **Parteiverhörs** aufwerfen. In der Schweiz hat man das Gefühl, ein Parteiverhör müsse immer ablaufen wie in den billigen amerikanischen Spielfilmen; das muss aber nicht notgedrungen so sein. In Deutschland hat Kollege Heinz Schöch eine Untersuchung darüber geführt, ob Richter mehr aufnehmen können, wenn sie selber die Befragung führen oder aber, wenn sie dieser zuhören. Es hat sich erwiesen, dass Richter dann mehr vom Fall wissen, wenn die Befragung von den Parteien durchgeführt wurde. Ich finde, es ist eine Entmündigung der Parteivertreter, wenn ihnen das Recht abgesprochen wird, selber Fragen an den Zeugen zu richten. Ich finde das geradezu entwürdigend, so beispielsweise im bernischen Strafverfahren, nach welchem man Fragen an den Beschuldigten oder den Zeugen nur auf dem Umweg über den Vorsitzenden stellen kann, was gelegentlich in Realsatire ausartet. Der EMRK-Gerichtshof hat immer wieder betont, dass *les appa-*

rences comptent. Gerade in diesem Bereich ist es wichtig, dass alle Beteiligten den Eindruck haben, der Richter sei unvoreingenommen; wo aber der Richter die Befragung führt, hat man vielfach diesen Eindruck nicht.

Ich möchte mich nun äussern zum Thema der ökonomischen Verfahrenserledigung. Ich bin durchaus einverstanden, dass man den **Strafbefehl** vorsieht, ärgere mich aber, dass er immer wieder als "Urteil" bezeichnet wird, und dass man von der Urteilskompetenz von Verwaltungsbehörden spricht. Das ist irreführend! Der Strafbefehl ist nichts anderes als ein Vorschlag zur gütlichen Einigung, der als akzeptiert gilt, wenn keine Einsprache erfolgt, und alsdann Urteilkraft erhält. Ich bin dagegen, dass Freiheitsstrafen auf diesem Wege ausgefällt werden. Wohl trifft es zu, dass die meisten Freiheitsstrafen nicht vollstreckt werden. Sobald man aber jemandem zumindest androht, ihn einzusperren, dann erhält das Verfahren eine Dimension bzw. einen Schweregrad, der besondere rechtsstaatliche Garantien erforderlich macht.

Zum **plea bargaining** meine ich, dass der Entwurf der Expertenkommission etwas zu zurückhaltend ist. Ich habe auch an eine materiellrechtliche Lösung des Themas gedacht, glaube aber, dass eine prozessuale Lösung ebenfalls in Frage kommt und nützlich ist. Vielleicht gibt es zwischen beiden Lösungsmöglichkeiten noch ein "Wettrennen"; wenn wir allenfalls einmal einen neuen Allgemeinen Teil StGB haben, werden wir auch klarer sehen, ob auf prozessualer Ebene noch etwas nötig ist. Im übrigen könnte man vielleicht noch etwas weitergehen, etwa im Sinne der Lösung des § 153 A des Deutschen Strafprozessrechtsgesetzes (Einstellung nach Erfüllung von Auflagen). Das ist etwas, das sich mit der Wiedergutmachung gut koppeln lässt. Wenn der schuldige Geständige oder allenfalls auch der nicht ganz überzeugend Leugnende sich bereit erklärt, eine Wiedergutmachungsleistung zu erbringen - und diese auch erbracht hat -, kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen. Diese Erweiterung lässt sich meines Erachtens rechtsstaatlich vertreten und würde das Verfahren etwas entlasten.

Ich möchte noch einige Bemerkungen anbringen zu gewissen Punkten, die von meinen Vorrednern aufgegriffen wurden: Zum **Einbezug des Jugendstrafverfahrens**: Ich finde, es wäre nicht zweckmässig, das Vorhaben der Vereinheitlichung zusätzlich mit dem Jugendstrafverfahren zu belasten. Das Jugendstrafverfahren muss, stärker noch als der Strafprozess der Erwachsenen, zusammen mit dem materiellen Recht betrachtet werden. Man sollte daher zunächst einmal das Jugendstrafrecht materiell verabschieden und erst dann, darauf zugeschnitten, ein Jugendstrafverfahren entwerfen. Was das **Militärstrafverfahren** anbetrifft, so halte ich dafür, dass es immer noch eines der besten Prozessgesetze ist, das wir in der Schweiz haben. Es ist vielleicht auch gar nicht nötig, dass wir dieses Gebiet sofort in die Vereinheitlichung einbeziehen, zumal auch hinsichtlich der Behördenorganisation völlig unterschiedliche Verhältnisse als im zivilen Recht herrschen. Das Militärstrafverfahren ist ja bereits vereinheitlicht; es ginge also lediglich um Anpassungen, die man aber auch später anbringen kann. Selbstredend kann man sich die Frage stellen, ob die Militärjustiz überhaupt beibehalten werden solle. Diese Frage hat ihre Berechtigung, selbst wenn man dem Militärstrafverfahren grosse Qualitäten zubilligt. Es wäre aber sicher unvorteilhaft, das Projekt der Vereinheitlichung zusätzlich mit dieser Frage zu belasten.

Zum **Anwalt der ersten Stunde**: Wir hatten in der Kommission einen Fall, in dem sich jemand beschwerte, er habe 11 Stunden warten müssen. Wir haben die Be-

schwerde für unzulässig erklärt, weil sich herausstellte, dass der Beschwerdeführer längst einen Verteidiger hätte haben können, wenn er sich darum bemüht hätte. Im Sinne der EMRK muss jemand vom Moment an, da er in Behördengewahrsam kommt, verlangen können, einen Anwalt zu sehen, diesen irgendwie zu kontaktieren und - wenn der Anwalt eingetroffen ist - die Möglichkeit haben, mit ihm unter vier Augen zu sprechen.

Noch ein Wort zum *Unmittelbarkeitsprinzip*: Ich möchte mich hier den Ausführungen der Berner Kollegen anschliessen. Ich glaube, Herr Kollege Donatsch hat vor allem vor einer allzu grossen Einengung gewarnt. Grundsätzlich glaube ich, dass die EMRK das Öffentlichkeitsprinzip voraussetzt. Der Beweis muss grundsätzlich in einer öffentlichen Verhandlung vor einem Gericht erbracht werden.

Zum *Zeugenschutz*: Der EMRK-Gerichtshof hat sich in einem neueren Urteil van Mechelen extrem streng gezeigt und eine Verletzung der Konvention festgestellt bei einer Befragung von Zeugen, die Polizisten waren. Der Gerichtshof befand, die akustische Übertragung der Befragung, der in einem anderen Raum befindlichen Zeugen sei nicht genügend; man müsse deren Reaktionen auf die Fragen beobachten können. Ich halte das Urteil für falsch; die Kommission ist seinerzeit nicht soweit gegangen. In der Zwischenzeit hat die Kommission eine Beschwerde gegen die Schweiz für unzulässig erklärt, die ein Berner Verfahren betraf. Dabei ging es darum, dass V-Leute in einem Nebenraum so platziert waren, dass die Kriminalkammer sie sehen konnte, nicht aber die Geschworenen, auch nicht die Parteien und schon gar nicht das Publikum. In der Meinung, dass der Gerichtshof im Falle van Mechelen zu weit gegangen ist, hat die Kommission diese Beschwerde für unzulässig erklärt.

Jean-Marc Schwenter (expert): J'aimerais être sûr d'avoir bien compris un passage qui m'a paru très important dans l'exposé du Professeur Trechsel s'agissant de la tendance de la Cour européenne de lutter contre une attitude accusatoire du président du tribunal *en imposant la présence du ministère public comme accusateur aux débats* de quelque nature qu'ils soient.

Professeur Stefan Trechsel: Vous avez bien compris. Le grief avancé par le requérant était que le juge n'était pas impartial du fait qu'il devait également agir mentalement comme procureur. En principe, la Commission a accepté cet argument. La Cour l'a aussi implicitement accepté.

Jean-Marc Schwenter: Cela m'amène à la réflexion suivante. Si on doit déduire de cette réflexion que, par principe, la partie accusatoire au procès doit être présente dans toutes les causes pour mettre le juge à l'abri de cette critique, cela aura pour conséquence que, dans toutes les causes aussi, un défenseur d'office ou nécessaire devra être désigné à l'accusé. N'y a-t-il pas lieu de craindre que, déjà par la nécessité en temps et en ressources humaines qu'implique un tel système valable aussi pour des petites causes, on n'arrive à la dérive qu'on trouve en France où on voit, du matin au soir, un substitut occupé le banc de l'accusation, un défenseur d'office ou nécessaire assisté à toutes les causes qui défilent, lesquels font uniquement acte de présence, le procureur en demandant l'application de la loi, le défenseur en demandant la clémence du tribunal, l'un et l'autre ne jouant aucun rôle quelconque sur

l'attitude du président aux débats à l'égard de l'accusé ? L'idée que la Cour européenne nous conduise vers cette direction me paraît très inquiétante, car, d'abord, irréalisable et, ensuite si elle devait être forcément réalisée, elle n'atteindrait pas le but visé précisément par manque de moyen.

Professeur Stefan Trechsel: Je ne me fais pas interprète de la Cour et je ne préconise pas telle ou telle autre solution. Mais je pense en tout cas que la solution ici prévue est insoutenable. Pour les toutes petites affaires devant un juge de police, il faut voir s'il faut un défenseur dans tous les cas. Il faut trouver des solutions. C'est un esprit créateur qui est demandé. Dans la majorité des affaires où il n'y a pas vraiment de contestation des faits, ni de problème juridique très compliqué, on peut procéder peut-être sans que le ministère public soit représenté. Mais en principe il doit l'être et ce principe a été méconnu dans le rapport.

Prof. Heinz Hausheer: Ich danke für die mir gebotene Gelegenheit, diesem Hearing beizuwohnen. Mein Interesse daran erklärt sich aus verschiedenen Gründen:

Das VBS hat eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die über eine Revision des Militärstrafprozesses nachdenken soll. Der MStP ist zwar noch nicht sehr alt, und er hat sich im allgemeinen auch bewährt. Es haben sich aber gewisse Verfahrensprobleme gezeigt im Zusammenhang mit den Kriegsverbrechertribunalen in Jugoslawien und Ruanda. Es hat sich namentlich die Frage des Zeugenschutzes gestellt. Die ersten Verfahren haben wir gegen Ex-Jugoslawen geführt, die in der Schweiz als Täter beurteilt worden sind. Es sind weitere Fälle hängig, und die Frage des Zeugenschutzes stellt sich immer wieder.

Hauptfrage ist nun, ob dieses Problem im Militärstrafprozess vorweg gelöst werden sollte. Das Parlament hat erfahrungsgemäss wenig Lust, solche Fragen getrennt zu regeln, sondern zieht Gesamtpakete vor. Wenn nun ein Einheitsverfahren für die ganze Schweiz eingeführt werden soll, muss man sich mit guten Gründen überlegen, ob man beides zugleich über die Bühne bringen kann und muss.

Diese Völkerrechtsverfahren sind ausserordentlich zeitraubend und bieten gewisse Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Haftvorschriften, vor allem der Haftdauer.

Im weiteren müsste man beim Militärstrafprozess noch die Frage der Zuständigkeit für das Strafmandatsverfahren überprüfen. Man möchte das Verfahren im Militärstrafprozess noch etwas ausdehnen. Insofern wäre es interessant zu sehen, wie in Ihrem Bereich diese Problematik gelöst wird, sodass man im Militärstrafprozess entsprechend nachziehen könnte.

Das nächste Problem betrifft die OG-Revision, die momentan das Parlament auf Verfassungsstufe interessiert. Die Justizreform betrifft die Koordination zwischen dem Bundesgericht und dem Militärkassationsgericht insofern, als nach bestimmten Vorstellungen das Bundesgericht allenfalls auch die Militärstrafverfahren letztinstanzlich beurteilen würde.

Schliesslich interessiert mich als damaliger Präsident der Expertenkommission die Koordination mit dem Humangenetikgesetz. Dieses Gesetz wird im August 1998 in die Vernehmlassung gehen. Es stützt sich auf Artikel 24novies BV und postuliert eine abschliessende Regelung der Humangenetik. Darin eingeschlossen sind auch Identifikationen. Hier ergeben sich wiederum Schnittstellen mit dem Strafrecht. Je nachdem, wie Sie DNA-Frage im Strafprozessrecht regeln, hat das natürlich Rückwirkungen auf das Humangenetikgesetz.

Dr. Peter Müller: Im Sinne eines kleinen Echos möchte ich meine Eindrücke vom heutigen Hearing kurz zusammenfassen: Niemand widerspricht der Vereinheitlichung, so wie sie jetzt an die Hand genommen wurde. Ich bin auch froh, dass niemand von Ihnen sich für ein blosses Rahmengesetz ausspricht; der Aufwand für ein solches Rahmengesetz stünde meines Erachtens in keinem Verhältnis zum Ertrag.

Viele von Ihnen haben auch angeregt, das Jugendstrafverfahren und allenfalls auch das Ordnungsbussenverfahren in die Vereinheitlichungsbestrebungen einzubeziehen. Das müssen wir sicher weiterverfolgen.

Im weiteren zeichnet sich ab, dass das von der Kommission favorisierte Untersuchungsrichtermodell I bei Ihnen nicht unbedingt auf Gegenliebe stösst. Wir haben sehr kritische Bemerkungen gehört, die von recht unterschiedlichen Seiten kamen. Selbst jene, die gesagt haben, sie könnten mit allen Modellen leben, interpretiere ich so, dass sie auch ein Staatsanwaltschaftsmodell II, wenn es rechtsstaatlich abgesichert ist, akzeptieren könnten. Es war dies eine interessante Diskussion, und es mag sein, dass sich daraus eine gewisse Trendwende ergibt gegenüber dem, was noch im Bericht zu lesen ist. Zuvor werden wir aber noch die anderen Organisationen anhören haben.

Ich war froh, von Ihnen einige Hinweise auf internationale Bestrebungen erhalten zu haben. Wir werden diesen noch nachgehen müssen. Denn wir möchte natürlich so aktuelle wie möglich sein und wollen Innovationen, die anderswo entwickelt worden sind, zumindest prüfen, damit wir unser Gesetz *en connaissance de cause* weiterentwickeln können.

Ich stelle fest, dass das Opportunitätsprinzip mehr oder weniger als akzeptiert gelten kann. Verschiedene Votanten haben postuliert, es brauche noch schärfere Formulierungen. Zur Kronzeugenregelung stelle ich vorwiegend Skepsis fest, wenn auch von seiten der Strafverfolgungsbehörden der Hinweis kam, es können vielleicht Situationen geben, in denen die Kronzeugenregelung sich als richtig erweisen würde.

Beim Zeugenschutz wurde einiges an Unklarheiten festgestellt. Konzeptionell müssen wir noch prüfen, ob die Vorschläge der Kommission in jeder Hinsicht kohärent sind.

Bei den Verteidigungsrechten sind erwartungsgemäss recht unterschiedliche Standpunkte zutage getreten. Als Stichwort nenne ich den Anwalt der ersten Stunde, der z.T. vehement verlangt, z.B. ebenso klar abgelehnt wird. Hier ist es zurzeit schwierig, einen klaren Trend herauszulesen. Die Kommission war hier wohl auch ein bisschen zurückhaltend. Tatsache ist jedoch, dass von internationalen Gremien - CPT und

Uno-Folterkomitee - darauf gedrängt wird, dass die Schweiz in dieser Richtung legifertiert.

Das waren für mich die wichtigen Punkte, die sich aus der heutigen Diskussion kristallisiert haben. Für Ihre aktive Mitwirkung danke ich Ihnen allen herzlich und schliesse damit die Sitzung.



Expertenkommission
 "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts"
Commission d'experts
"Unification de la procédure pénale"



Protokoll des Hearings
 vom 18. Juni 1998
 beim Bundesamt für Justiz in Bern
 9.30-13.00 Uhr

- Vorsitz:** Dr. Peter Müller
- Hearingsteilnehmer:** RR Dr. Markus Notter (KKJPD)
 RR Alex Pedrazzini (KKJPD)
 Dr. Thomas Manhart, Justizdirektion Zürich (KKJPD)
 Me Jacques Meyer (SAV)
 RA Eva Saluz (sav)
 Avv. Mario Postizzi (SAV)
 Oberrichter Stefan Gass (Richtervereinigung)
 Oberrichter Michele Rusca (Richtervereinigung)
 Dr. Marianne Heer (SKG)
 Me Maurice Harari (SKG)
 Prof. Mark Pieth (Uni Basel)
 Prof. Kurt Seelmann (Uni Basel)
 Bernhard Sträuli (Uni Genf)
 Prof. Laurent Moreillon (Uni Lausanne)
 Prof. Jean Gauthier (Uni Lausanne)
- Weitere Teilnehmer:** Prof. Heinz Hausheer (Expertenkommission Revision MStP)
 Prof. Gérard Piquerez (Expertenkommission Vereinheitlichung)
 Prof. Franz Riklin (Expertenkommission Vereinheitlichung)
- Wissenschaftliches Sekretariat:** Dr. Peter Ullrich (BJ, Protokoll)
 Dr. Marlène Kistler (BJ, Protokoll)

Dr. Peter Müller (BJ): Ich heisse Sie zu unserem Hearing herzlich willkommen und danke Ihnen, dass Sie sich mit diesem Thema auseinandersetzen. Ich bin Ihnen dankbar für Impulse für das weitere Vorgehen und auch für Hinweise darauf, was allenfalls bisher schief gelaufen ist.

Unser Fragebogen, den Sie erhalten haben, ist ja sehr detailliert, und wir gehen selbstverständlich nicht davon aus, dass Sie auf jede Frage eine Antwort geben. Vielmehr sollen Sie Ihre spezifischen Erfahrungen und Kompetenzen einbringen. Nützlich wäre uns indes, wenn Sie sich zu folgenden Grundsatzfragen äussern würden:

- Sind Sie damit einverstanden, dass die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts ein wichtiges Anliegen ist, das an die Hand genommen werden soll?
- Teilen Sie die Auffassung, dass es wenig Sinn hat, sich bei der Vereinheitlichung auf ein Rahmengesetz zu beschränken?
- Halten Sie es für richtig, dass die Expertenkommission ein einheitliches Strafverfolgungsmodell vorschlägt? Hat die Kommission das richtige Modell vorgeschlagen? Welchem würden Sie andernfalls den Vorzug geben?
- Halten Sie von der Kommission vorgeschlagene Regelung des Opportunitätsprinzips für zweckmässig?
- Wie stehen Sie zu den Vorschlägen der Kommission zum plea bargaining, zur Kronzeugenregelung und zum Zeugenschutz?

Wir haben vor einer Woche bereits eine erste Anhörung durchgeführt und dabei viele interessante Impulse erhalten. Es war für uns ermutigend zu vernehmen, dass alle damaligen Hearingsteilnehmer sich entschieden für ein Vorwärtsgen in der Vereinheitlichungsfrage ausgesprochen haben und sie auch der Idee eines blossen Rahmengesetzes eine klare Absage erteilten. Hinsichtlich der Wahl eines Strafverfolgungsmodells gab es recht deutliche Tendenzen in Richtung eines Staatsanwaltschaftsmodells. Wie soll es nun weitergehen? Voraussichtlich nach den Sommerferien wird Herr Bundesrat Koller, in Berücksichtigung der Ergebnisse dieser beiden Anhörungen, einen Auftrag erteilen für die Ausarbeitung eines Vernehmlassungsentwurfes mit einem Begleitkommentar. Liegt dieser Entwurf einmal vor, könnte er um das Jahr 2000 herum in die Vernehmlassung gehen, an welche sich dann das reguläre Gesetzgebungsprozedere anschliesst.

Regierungsrat Markus Notter (KKJPD) ⁵: Wir haben heute leider nicht die Möglichkeit, Ihnen eine offizielle Stellungnahme aller kantonalen Instanzen abzugeben. Indes haben wir bei den Mitgliedern der KKJPD gestützt auf eine gestraffte Fassung Ihres Fragebogens eine Umfrage durchgeführt und auf diese Weise ein gewisses Meinungsbild erhalten. Dennoch: Was wir hier vortragen, ist keine offizielle Stellungnahme der KKJPD.

⁵ Vgl. schriftliche Ausführungen von Regierungsrat Notter im Anhang.

Zum **Allgemeinen**: Ich glaube, der gewählte Zeitpunkt ist für die Inangriffnahme der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts günstig. Dennoch ist man in den Kantonen der klaren Überzeugung, dass die Strafverfolgung in der Schweiz keineswegs in einem desolaten Zustand ist und den Vergleich mit anderen europäischen Ländern scheuen muss. Trotz gewisser mit der Rechtszersplitterung verbundener Probleme funktioniert die Strafverfolgung in diesem Lande recht gut. Nichtsdestoweniger sprachen sich alle von uns angefragten kantonalen Stellen für den Versuch einer eidgenössischen Strafprozessordnung aus. Es gibt offenbar einen politischen Willen zu dieser Vereinheitlichung.

Hingegen differieren die Meinungen zur Frage, wie weit man sich vom Bund in die eigene **Gerichtsorganisation** hineinreden lassen will. Die dabei vorgenommenen Grenzziehungen sind recht unterschiedlich. Es sind sich aber alle Kantone bewusst, dass eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts eine gewisse Einflussnahme auf die Behördenorganisation unumgänglich macht. Wie gesagt, ist in den Kantonen die Bereitschaft, die eigene Gerichtsorganisation Vorgaben des Bundes anzupassen, unterschiedlich. Unbestreitbar besteht hier politischer Zündstoff, und da und dort wird sich der Vereinheitlichungswille eines Kantons an seiner Bereitwilligkeit messen lassen müssen, sich auch in der Behördenorganisation vom Bund hereinreden zu lassen.

Zum **Strafverfolgungsmodell**: Die Meinung der Expertenkommission, sie habe das am weitesten verbreiteten Strafverfolgungsmodell gewählt, wird von den Kantonen in gewissem Masse geteilt. Dass die Meinungen indes nicht einhellig sind, hängt vielleicht damit zusammen, dass die Darstellung der Modelle im Bericht etwas kurz geraten ist; zum Teil ist bei den Kantonen auch umstritten, was genau unter den einzelnen Modellen verstanden wird. So hat es auch Kantone, die finden, man habe ihr Modell der falschen Kategorie zugerechnet. Zur Modellwahl im eigentlichen Sinn ist mit aller Deutlichkeit festzuhalten, dass eine Mehrheit der Kantone das gewählte Untersuchungsrichtermodell I nicht für das bestmögliche Modell hält. Es sind eher die kleineren Kantone, die mit dem gewählten Untersuchungsrichtermodell einverstanden sind, das sie denn auch häufig in ihrem eigenen Kanton eingeführt haben und das sich bewährt hat. Hingegen halten die grösseren Kantone dafür, dieses Modell sei geradezu untauglich und verschlechtere die Möglichkeiten der Strafverfolgung beträchtlich. Dieses System fördere das Einzelkämpfertum, und es sei eine Vernetzung der Strafverfolgung so nicht mehr möglich. Auch führe die Trennung von Untersuchung und Anklage zu Doppelspurigkeiten und zu Verantwortlichkeitsproblemen, namentlich hinsichtlich der Qualität der durchgeführten Untersuchung. Im weiteren wird stark in Zweifel gezogen, ob die im Bericht hervorgehobenen Vorteile des gewählten Modells tatsächlich so massgeblich seien. Namentlich der Verzicht auf einen eigentlichen Haftrichter dürfte sich jedenfalls für die Überprüfung der Untersuchungshaft nicht halten lassen. Zusammenfassend: Es gibt in den Kantonen sehr grosse Vorbehalte gegen das von der Kommission mehrheitlich gewählte Untersuchungsrichtermodell.

Wenn ich vorhin vom politischen Willen zur Vereinheitlichung sprach, so müssen im Zusammenhang mit der Modellfrage Vorbehalte angebracht werden. Denn namentlich Kantone, die das Untersuchungsrichtermodell dezidiert ablehnen, äussern sich in dem Sinne, dass sie lieber keine Vereinheitlichung wollen als eine, die das Untersuchungsrichtermodell nach sich zieht; denn dieses, so die betreffenden Kantone, behindere die Strafverfolgung mehr als es sie fördere und führe, verglichen mit dem

heutigen Zustand im Kanton, zu schlechteren Ergebnissen. Bei den das Modell ablehnenden Kantonen kommt allerdings nicht sehr klar zum Ausdruck, welches andere Modell von ihnen bevorzugt würde. Ich betone abschliessend noch einmal: Hier liegt viel politischer Zündstoff.

Die weiteren Diskussionspunkte sind, aus politischer Sicht, nicht so zentral. Die Kantone sind der Ansicht, dass die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der Exekutive und ihre Weisungsungebundenheit sehr wichtig sei; daran müsse man festhalten. Die Kantone halten im weiteren dafür, dass die im Konzeptpapier vorgesehenen Rechtsmittel grundsätzlich richtig sind; dagegen ist keine grössere Opposition auszumachen. Zu verschiedenen Detailfragen gibt es da und dort unterschiedliche Meinungen, die aber eher technische Aspekte betreffen; dies gilt etwa für den Zeugenschutz und die Kronzeugenregelung. Hier gibt es wohl kein ganz einheitliches Bild der kantonalen Meinungen; generell ist man aber der Meinung, dass man an diesen Themen noch arbeiten muss, und dass da und dort vielleicht etwas vorschnell gewisse Vorschläge bereits aus Abschied und Traktanden gefallen sind.

Zusammengefasst stehen die Kantone dem Anliegen der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts grundsätzlich positiv gegenüber. Es gibt aber unbestreitbar grosse Vorbehalte dagegen, und die Zustimmung zum Vorhaben wird wahrscheinlich letztlich davon abhängen, welches Strafverfolgungsmodell gewählt wird.

Regierungsrat Alex Pedrazzini (KKJPD): Juste encore une réflexion, qu'il me paraît important de faire en tant que représentant de la Conférence des gouvernements cantonaux. Je suis d'un canton qui a passé du modèle juge d'instruction au modèle ministère public II. Je ne vais pas essayer de chanter les louanges du système tessinois, d'une part, parce que, dans le rapport, on retrouve les avantages et les inconvénients des deux systèmes et, d'autre part, parce que nous sommes les seuls avec Bâle-Ville à avoir ce système. Je ne crois pas que les autres cantons vont suivre notre exemple. La majorité risque bien de l'emporter. Mais je remarque ceci. La Commission a commencé son travail en 1994. La situation économique de notre pays et la situation financière de la Confédération et des cantons n'étaient pas celles que nous vivons aujourd'hui. D'après le projet qui nous a été soumis, le Code de procédure pénale unifié devrait entrer en vigueur en 2005 environ, ce qui signifie qu'il devrait être soumis en votation populaire en 2004. Si nous voulons avoir une chance que ce texte puisse passer, on ne peut pas faire abstraction des coûts que les différents modèles vont occasionner, surtout au niveau des cantons. On ne retrouve pas des réflexions de ce genre dans le rapport. Si on ne veut pas faire de l'art pour l'art, il faut savoir qu'un système parfait ou presque parfait qui obligerait les cantons à augmenter l'effectif des magistrats de façon importante n'a aucune chance d'être accepté. Un système de procédure pénale très bien conçu, mais mis en place par des cantons qui ne vont pas garantir à l'organisation suffisamment de force aura pour conséquence une lenteur de la justice, ce qui ne peut pas amener le peuple à dire oui. Selon moi, il serait intéressant de connaître les coûts effectifs des différents modèles prévus dans le rapport et de savoir quel serait le modèle qui, tout en respectant les principes auxquels nous tenons, serait le meilleur marché et qui permettrait également aux contribuables d'applaudir à l'unification.

Prof. Gérard Piquerez: Les choix de la Commission étaient difficiles. C'est finalement un compromis. On a essayé de trouver la solution qui rencontrerait le moins d'opposition. Cela ne veut pas dire que ce soit le meilleur système. Personnellement, je vis avec un autre système (Ministère public I). Ce n'est pas de gaieté de cœur que j'ai aussi opté pour ce système-là. Il sera très difficile de proposer quelque chose qui puisse s'imposer et qui satisfasse tout le monde.

Prof. Franz Riklin: Die Modellfrage ist tatsächlich das Hauptproblem. Man kann sich daher auch fragen, ob es richtig sei, jetzt einen Experten mit der Erstellung eines Vorentwurfs zu beauftragen, der möglicherweise an der Modellfrage scheitert. Vielleicht wäre es sinnvoller, zuvor durch eine Kommission, in der die massgebenden Strömungen vertreten sind, ein kohärentes und breit abgestütztes Strafverfolgungsmodell entwickeln zu lassen. Zu den Kosten: Ausländische Vorbilder zeigen, dass es bei Abschaffung des Untersuchungsrichters Korrektive braucht, um die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten, beispielsweise den Zwangsmassnahmenrichter oder auch ein strengeres Unmittelbarkeitsprinzip. Dies alles führt zu einer stärkeren Komplizierung, was auch wiederum höhere Kosten verursacht.

Regierungsrat Markus Notter: Dies ist sicherlich richtig. Aber es trifft wohl auch zu, dass nicht alle dargestellten Modelle die gleichen finanziellen Auswirkungen haben; das müsste im einzelnen untersucht werden. Jedenfalls kann man die Kostenfrage im heutigen politischen Umfeld nicht einfach ausblenden. Ob das Staatsanwaltschaftsmodell I mehr Sukkurs von Seiten der Kantone bekäme als das vorgesehene Untersuchungsrichtermodeil, kann ich letztlich nicht beantworten. Die mir zugekommenen Antworten und Eingaben aus den Kantonen haben aber eher ein differenziertes Bild ergeben, und es erscheint mir deshalb fraglich, ob das Staatsanwaltschaftsmodell I auf einheitliche Zustimmung stiesse. Persönlich fände ich es sinnvoll, über die Modellfrage noch einmal nachzudenken und dabei auch nach allfälligen alternativen Lösungen zu suchen. Dabei müsste namentlich die Frage gestellt werden, ob es zwingend notwendig sei, mit einer einheitlichen Strafprozessordnung auch ein einheitliches Strafverfolgungsmodell einzuführen, und ob es nicht die Möglichkeit gäbe, unterschiedliche Teilmodelle zuzulassen. Nochmals: Die von der Expertenkommission geleistete Arbeit ist ausgezeichnet, und der Konzeptbericht bildet eine gute Diskussionsgrundlage. Die Modelle sind aber zum Teil etwas zu summarisch dargestellt, und deren Vertiefung wäre sicherlich erwünscht. Man könnte wohl auch noch deutlicher zeigen, dass die Unterschiede zwischen gewissen Modellen nicht so gross sind, wie man oft meint. Ich glaube, es würde sich lohnen, am Problem des Strafverfolgungsmodells noch vertieft konzeptionell zu arbeiten.

Regierungsrat Alex Pedrazzini: Selon M. le Professeur Riklin, si on compare nos systèmes aux systèmes étrangers, on constate que les coûts sont grosso modo du même ordre. Au Tessin, nous avons vécu ces changements à nos frais. Les procureurs et les juges de liberté sont au total quinze. Ils sont trop peu. Ils devraient être dix-huit. Mais si on passe au modèle juge d'instruction I, selon l'évaluation de nos magistrats, il faudra passer à trente. Je ne dis pas que c'est un mauvais pas. J'essaye de voir les chances devant le peuple. Aujourd'hui, en 1998 (et les choses ne vont pas changer jusqu'en 2004), si je demande à la population suisse de faire des priorités dans la justice entre garanties, rapidité des décisions et coût de la ju-

stice, le classement sera, à mon avis, le suivant. La justice doit être rapide ; ensuite, elle ne doit pas coûter trop cher ; puis, elle doit donner certaines garanties. Il faut en être conscient. Autrement, on risque de faire un excellent travail, mais qui restera dans les livres, car cela ne passera pas en votation populaire.

Oberrichter Stefan Gass (Richtervereinigung): Vorweg muss ich festhalten, dass auch wir von der Richtervereinigung keine offizielle Stellungnahme abgeben können. Hingegen können wir Ihnen einige informelle Ausführungen machen, die doch eine gewisse Repräsentanz haben. Der Expertenkommission kann ich zu Ihrem Bericht "Aus 29 mach 1" nur gratulieren; er ist ein hervorragender Einstieg in das Thema.

Zur **Notwendigkeit** der Vereinheitlichung: Ich glaube, diese Frage braucht man eigentlich gar nicht mehr zu stellen. Es ist anerkannt, dass eine Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts wichtig und nötig ist. Es scheint auch, dass jetzt ein günstiger Zeitpunkt dafür ist, diese Vereinheitlichung durchzuführen, und zwar je schneller, desto besser. Ich glaube auch, das politische Umfeld für dieses Vorhaben ist derzeit relativ gut, trotz der Einwände, von denen wir gehört haben.

Kernfrage des gesamten Unterfangens - von der letztlich auch die Zustimmung des Souveräns abhängen wird - ist bestimmt das **Strafverfolgungsmodell**. Im Bericht sind die vier Grundmodell mit ihren Vorzügen und Nachteilen aufgeführt; dem habe ich eigentlich nichts beizufügen. Es ist ein Faktum, dass die Mehrzahl der Kantone ein Untersuchungsrichtermode, wenn auch in vielen Varianten, kennen, und es dürfte dort schwierig sein, ein grundsätzlich anderes Strafverfolgungssystem einführen zu wollen. Insofern ist es sicher richtig, ein konsensfähiges Modell vorzuschlagen, das im übrigen auch ja auch materiell seine Vorteile hat.

Was die Frage des **Rahmengesetzes** anbelangt, glaube ich, ein solches sei jedenfalls im Moment nicht opportun. Man sollte vielmehr jetzt daran gehen, eine integral einheitliche Strafprozessordnung zu schaffen.

Die **Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft** ist auch für uns ein wesentliches Element, das in der eidgenössischen Strafprozessordnung festgehalten werden müsste.

Zu den Themen der **Kronzeugenregelung** und des **Zeugenschutzes** halte ich die Schlussfolgerungen der Expertenkommission für richtig. Es wäre tatsächlich nicht unproblematisch, eine Kronzeugenregelung in der Schweiz einzuführen. Im eigentlichen Zeugenschutz ergibt sich vor allem das praktische Problem der Durchführung angesichts der Kleinräumigkeit unseres Landes. Eigentliche Zeugenschutzprogramme gibt es meines Wissens nur in Italien und in den USA; aber dort sind die Verhältnisse wesentlich anders.

Das gemässigte **Opportunitätsprinzip** wird ja bereits heute mehrheitlich angewendet. Es ist vernünftig, es explizit in der neuen Strafprozessordnung zu statuieren. Zum **plea bargaining** habe ich eine analoge Meinung wie zum Kronzeugen: Das plea bargaining ist aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch, namentlich in seiner amerikanischen Variante, wonach zwischen Beschuldigtem und Staatsanwalt abgemacht werden kann, wie die Strafe aussehen oder ein bestimmter Sachverhalt rechtlich gewürdigt werden soll.

Oberrichter Michele Rusca (Richtervereinigung): J'ai également une appréciation générale positive sur cet effort législatif, aussi bien quant aux buts d'une législation que quant à la plupart des solutions proposées. Naturellement, on peut soulever quelques réserves, en particulier sur *l'organisation judiciaire*. Certes, le système du juge d'instruction est de loin le système le plus pratiqué en Suisse. A part le problème des coûts, les systèmes tessinois et bâlois sont originaux seulement dans un contexte suisse. Si on élargit l'angle de vue, au niveau européen par exemple, on risquerait dans un processus de législation européenne de devoir revenir vers un système du ministère public. Or, on ne peut pas changer à tout moment de système. Je ne pense pas que le modèle juge d'instruction I soit plus que les autres en mesure de décharger les débats par le principe de l'immédiateté limitée ou les tribunaux par le recours aux ordonnances pénales ou par l'application du principe de l'opportunité limitée. Ces allègements procéduraux sont aussi bien pratiqués dans le système du ministère public, tel qu'il existe au Tessin.

Dr. Peter Müller: Ich möchte Herrn Gass in seiner Eigenschaft als Basel-Landschäfter die Frage stellen, wie es denn in seinem Kanton mit dem plea bargaining weitergeht. Eine Zeitlang war ja vorgesehen, dieses Institut in die revidierte Strafprozessordnung einzuführen.

Oberrichter Michele Rusca: Au Tessin, on a abordé la question du *plea bargaining*, mais on l'a abandonnée. On est en train d'introduire un système (non encore en vigueur) qui ne comporte pas un marchandage sur la peine, mais qui prévoit un accord entre les parties (ministère public, partie civile et défenseur), visant à supprimer pratiquement la phase d'instruction aux débats pour passer directement devant un juge avec une proposition de peine. On discutera simplement la peine et non plus l'établissement des faits lorsque ceux-ci ne sont pas discutés ou discutables, par exemple en cas d'aveu.

Oberrichter Stefan Gass: Die im Entwurf zu einer neuen Basellandschaftlichen Strafprozessordnung vorgesehene Bestimmung über das plea bargaining beschränkte sich auf kleine Kriminalität. In der Vernehmlassung über den Entwurf wurde verschiedentlich die Frage nach den Einsparungen und der Effizienz einer auf Kleinkriminalität limitierten Vorschrift dieser Art gestellt. Ich vermute, dass im weiteren Revisionsverlauf diese plea bargaining-Bestimmung wieder herausfallen wird.

Me Jacques Meyer (SAV): [Siehe Sprechnotiz (zugleich Stellungnahme der SAV-Vertreter) im Anhang.]

RA Eva Saluz (SAV): Der Schweizerische Anwaltsverband ist politisch neutral. Die Frage der Vereinheitlichung ist an sich ein politisches Thema. Nichtsdestoweniger sind der Vorstand des SAV und auch die kantonalen Anwaltsverbände, die auf eine Umfrage des SAV geantwortet haben, einhellig der Meinung, dass es gute sachliche Gründe gibt für die Schaffung einer eidgenössischen Strafprozessordnung. Unter den Bedingungen, die Herr Kollege Meyer eben dargelegt hat, namentlich unter der

Voraussetzung, dass die Parteirechte optimal gewährleistet werden, kann der SAV das vorgelegte Projekt unterstützen. Der Konzeptbericht bildet eine gute Grundlage, um darauf weiterzubauen.

Dr. Marianne Heer (SKG) ⁶: Ich befinde mich leider nicht in der gleich komfortablen Situation wie Herr Kollege Meyer vom SAV. Es war leider nicht möglich, im Vorstand der SKG innert nützlicher Frist uns über eine Stellungnahme zu einigen, die ich hier als repräsentativ vortragen könnte. Sicher aber hat sich die SKG seit Jahren, ja Jahrzehnten für eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts eingesetzt; man könnte dazu eine Vielzahl von Zitaten erwähnen. Ich verweise nur etwa auf die Generalversammlung in Bern im Jahre 1993, wo erneut eine Vereinheitlichung verlangt wurde. Sicherlich begrüsst die SKG auch den Bericht der Expertenkommission. Diese hat sehr gute Arbeit geleistet, und der Wert des Berichts liegt nicht zuletzt darin, dass er eine exzellente Diskussionsgrundlage schafft.

Zur **Modellfrage**: Wie auch immer die Modellfrage letztlich entschieden wird, so glaube ich persönlich, dass die Expertenkommission gut daran getan hat, in diesem Stadium des Gesetzgebungsverfahrens die Diskussion dadurch anzuregen - um nicht zu sagen: anzuheizen -, dass sie für ein konkretes Modell plädiert. Auch für die SKG steht die Wahl des konkreten Strafverfolgungsmodells wohl im Zentrum der Diskussion und bildet zugleich das Hauptproblem des Berichts; das haben mir zahlreiche Kolleginnen und Kollegen in informellen Gesprächen bestätigt. Persönlich glaube ich, dass die Frage der Modellwahl nicht derart grosse Auswirkungen hat, wie dies häufig angenommen wird. Die Wahl eines Modells ist zwar sehr wichtig, entscheidend wird aber die konkrete Ausgestaltung des Systems sein. Wir befinden uns freilich in einer relativ unbefriedigenden Situation, indem der Konzeptbericht nur gerade über das vorgeschlagene Untersuchungsrichtermodell II Details bekanntgibt; bei den anderen Modellen sind wir diesbezüglich etwas im luftleeren Raum. Der Vorschlag der Expertenkommission hat auch bei uns eine angeregte Diskussion ausgelöst, und ich kann, einigermaßen repräsentativ, mitteilen, dass das favorisierte Untersuchungsrichtermodell I in sehr breiten Kreisen auf Ablehnung gestossen ist.

Ich habe mich bemüht, mich zu lösen von meiner eigenen beruflichen Stellung als Staatsanwältin und auch von der Geneigtheit zum selber praktizierten kantonalen Modell. Tatsächlich erachte ich das im Kanton Luzern bestehende Untersuchungsrichtermodell II nicht als besonders sachgerecht. Es ist ein kompliziertes und schwerfälliges Verfahren, das häufig Doppelspurigkeiten zur Folge hat. Persönlich favorisiere ich das Staatsanwaltschaftsmodell I. Ich sehe aber ein, dass im Bestreben, einen für möglichst viele akzeptablen Mittelweg zu finden, extreme Lösungen, wie das vorgeschlagene Untersuchungsrichtermodell oder auch das Staatsanwaltschaftsmodell II, hieR zu vermeiden sind. Vielleicht ist das Staatsanwaltschaftsmodell I ein Kompromiss oder aber eine neues "Untersuchungsrichtermodell III. So oder so wird die Wahl des Modells eine politische Frage sein.

Persönlich bin ich entschieden der Auffassung, dass eine Vereinheitlichung des Strafverfahrens ohne gleichzeitige Vereinheitlichung im Bereich der **Organisation** nicht sachgerecht und bloss ein halber Schritt in die richtige Richtung wäre. Es ist ein absoluter Anachronismus, dass auf einem so kleinen Territorium wie der Schweiz so

⁶ Vgl. schriftliche Stellungnahme im Anhang.

viele verschiedene Gerichtsorganisationen nebeneinander bestehen. Heute muss man aufwendige Dokumentationen zu Rate ziehen, um bei der interkantonalen Zusammenarbeit überhaupt zu wissen, wer in einem anderen Kanton Ansprechpartner ist. Es liegt auf jeden Fall im hohen Interesse der Strafverfolgungsbehörden, dass hier eine einheitliche Ordnung geschaffen wird, dürfte aber ebenfalls im Interesse der Beschuldigten und ihrer Verteidiger sein. Gerade unter diesem Aspekt wäre ein blosses *Rahmengesetz* keine befriedigende, weil ungenügende Lösung.

Ich glaube, die Auswirkungen der Wahl eines Strafverfolgungsmodells hat die Expertenkommission, dem Bericht nach zu schliessen, etwas unterschätzt. Es geht nicht so sehr um historisch gewachsene Strukturen, die in weiten Teilen der Schweiz geändert werden müssten. Vielmehr geht es um Kompetenzen und Hierarchien, die naturgemäss von den davon Betroffenen verteidigt werden. Auch aus diesem Grund sollte man sinnvollerweise keine Extremmodelle wählen.

Bei der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts steht auch das kriminalpolitische Element stark im Vordergrund. Dies hat auch die Expertenkommission hervorgehoben. Im Rahmen der bestehenden Strukturen sind wohl die Untersuchungsrichter als Einzelkämpfer für diese Aufgabe der Kriminalpolitik am wenigsten geeignet. Von seiner Tätigkeit und seiner Aufgabe her ist jedoch auch das urteilende Gericht kaum die richtige Instanz, um Kriminalpolitik zu betreiben; erst recht möchte ich diese Aufgabe nicht einfach den politischen Behörden überlassen. Auf die Gefahr hin, *pro domo* zu sprechen, glaube ich, dass es die Staatsanwaltschaft ist, welche für die Verfolgung dieses Anliegens am besten geeignet ist. Mehr als andere Behörden der Strafverfolgung ist die Staatsanwaltschaft relativ nahe am politischen Puls, ohne doch selber in die Politik eingebunden zu sein. Sie verfügt über ein gewisses politisches Gespür, muss aber - das ist sehr wichtig - unter allen Umständen politisch unabhängig sein.

Diesbezüglich erkenne ich im Bericht und ganz besonders im gewählten Strafverfolgungsmodell ein bestimmtes Klischeedenken, das ich nicht am Platz finde. Die Unabhängigkeit des Untersuchungsrichters wird meiner Auffassung nach zu stark betont und vor allem idealisiert. Ich war selber einige Zeit lang Mitglied eines Gerichts und auch im Untersuchungsrichteramt tätig. Gestützt auf diese Erfahrungen zweifle ich daran, dass der Untersuchungsrichter so unabhängig ist, wie es der Bericht darstellt. Der Untersuchungsrichter wird tätig, wenn ein konkreter Tatverdacht besteht; er arbeitet also aufgrund eines primären Eindrucks. Sein weiteres Handeln ist geprägt von diesem Tatverdacht, und somit wird er auch naturgemäss darauf hinarbeiten, diesen Tatverdacht zu bestätigen. Sonst hätte er das Verfahren gar nicht an die Hand nehmen dürfen. Dies gilt umso mehr in einem späteren Stadium des Verfahrens, wenn der Untersuchungsrichter bereits Zwangsmassnahmen angeordnet hat und diese nun rechtfertigen muss. Ich glaube, dass spätestens dann der Untersuchungsrichter nicht mehr völlig objektiv und unbefangen ist. Auf der anderen Seite wurden im Bericht gewisse Vorteile des Untersuchungsrichtermodells überbewertet. Ich bin im übrigen auch der Auffassung, dass auf Dauer ein Haftrichter unumgänglich sein wird.

Es wird immer wieder und zu Recht festgehalten, dass die Staatsanwaltschaft belastendes und entlastendes Material zusammenzutragen hat. Wohl trifft es zu, dass wir als Staatsanwälte Partei und insofern auch befangen sind; das will ich gar nicht abstreiten. Aber ich habe natürlich durchaus auch ein eigenes Interesse daran, entlastendes Material in einem frühen Stadium des Verfahrens zu beachten. Denn nur

sehr ungern gehe ich in eine Gerichtsverhandlung mit Argumenten, die sich von der Verteidigung mit Leichtigkeit widerlegen lassen. Insofern wird die Gefahr reiner Subjektivität stark gedämpft.

Zusammenfassend glaube ich, dass das Staatsanwaltschaftsmodell I einen tauglichen Kompromiss bilden könnte; gestützt auf informelle Gespräche habe ich den Eindruck, dass dieses Modell auch im Rahmen der SKG eine deutlich höhere Akzeptanz fände als jenes von der Expertenkommission vorgeschlagene UntersuchungsrichtermodeII I (dies freilich unter dem generellen Vorbehalt, dass gestützt auf den Bericht die konkrete Ausgestaltung des Modells noch nicht völlig klar ist).

Noch kurz einige Worte zu anderen Themen: Ich glaube bestätigen zu können, dass man das *plea bargaining* in weiten Kreisen der SKG nicht als Instrument betrachtet, das für die Schweiz dringlich und geeignet ist; die rechtsstaatlichen Nachteile sind bekannt. Hingegen wird das *Opportunitätsprinzip* sehr gut aufgenommen. Im Rahmen der *Beweismittel* finde ich persönlich, dass die geplante explizite Regelung der Bankkontenüberwachung trotz des Einsatzes moderner Überwachungsgeräte sinnvoll und richtig ist. Das bedarf dringend einer ausdrücklichen Normierung.

Abschliessend hoffe ich, dass man sich bei diesem Vorhaben nicht mit einem Rahmengesetz begnügen wird, und dass man auch zu einem Konsens über die - dozierte und kluge - Vereinheitlichung der Behördenorganisation gelangen wird.

Me Maurice Harari (SKG): Comme Madame Heer vous l'a expliqué, il y a des limites à la portée de ce que nous vous disons et vous devez accepter que les propos tenus le soient avec une représentativité très limitée. Je vous propose de reprendre le questionnaire et de vous apporter quelques prises de position, qui procèdent bien sûr d'une sensibilité personnelle, mais aussi un peu cantonale après discussions avec des avocats et des magistrats des grandes lignes du projet et de la nécessité d'une unification.

Vous avez atteint un succès qui me paraît manifeste. Effectivement, tout le monde dit que le principe même de la discussion sur l'unification est justifié, alors que si on avait eu le même débat il y a une dizaine d'années, on n'aurait vraisemblablement pas eu les mêmes réponses. Selon moi, le *but de l'unification* le plus important n'est pas forcément la question de l'efficacité, mais que les personnes qui sont soumises à la procédure pénale le soient d'une manière identique et non seulement à travers le regard lointain du Tribunal fédéral ou de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il va de soi qu'une modification de *l'organisation judiciaire* des cantons est indispensable, puisque la mise en application de ces principes suppose non seulement des changements d'habitude, ce qui bien sûr dérange chacun, mais aussi une conception nouvelle des rapports entre les parties et donc une organisation différente. On parle peut-être trop de cet aspect-là, parce que pour les praticiens, qu'ils soient juges ou avocats, les premières questions qui se posent sont de savoir qui sera leur interlocuteur, comment ils auront ces contacts et comment ceux-ci seront réglés. Bien sûr, le réflexe immédiat est de comparer ce que l'on connaît avec ce que l'on ne connaît pas. La formule *ministère public I* me paraît une formule judiciaire, parce qu'elle me semble prendre en considération tant ce qui se passe à

l'étranger que les nécessités d'adapter les poursuites aux activités des criminels. Cependant, je ferai une petite suggestion. Dans le débat juge d'instruction/ministère public, on oublie quelle est la véritable activité du juge d'instruction. Dans notre système (Ministère public I), le juge d'instruction est malheureusement quelqu'un qui rassemble les faits. Il a une vision juridique de départ. Il y a quelque part au loin le Code pénal. Mais ces juges se considèrent comme des personnes qui doivent surtout établir un dossier et réunir des pièces. C'est un peu dommage par rapport à l'origine du système, qui est le système français où le juge doit faire aussi à la fin un constat de nature juridique. Celui-ci se fait de temps en temps lorsqu'il y a une ordonnance pénale. Je propose donc de réfléchir à la *possibilité, dans la formule ministère public I, qu'à la fin de son travail, le juge d'instruction propose la qualification juridique du renvoi de la personne en jugement*. C'est une manière de le responsabiliser et d'éviter le travers dans lequel tous les juges tombent de s'intéresser à des éléments de fait qui ne sont pas forcément pertinents pour la poursuite, mais qui sont intéressants du point de vue de la curiosité humaine. Si le juge d'instruction doit mettre par écrit la justification, il a une obligation supplémentaire – un peu comme le fait le juge vaudois – de devoir justifier la recherche qu'il a faite au travers d'une réflexion juridique.

Sur le plan des *nouveautés anglo-saxonnes* qui sont proposées, il me semble que les tentatives d'intégration en Italie se sont avérées catastrophiques, parce que c'est quelque chose qui, dans un premier temps, donne l'impression d'être efficace et qui, dans un deuxième temps, est étranger à notre façon de voir. On ne peut en définitive proposer ni d'accorder l'immunité à quelqu'un qui a commis quelque chose d'atroce parce qu'on veut ensuite en poursuivre d'autres, ni introduire un système dans lequel finalement le juge n'est même plus l'arbitre des parties. Il est arbitre simplement de la santé mentale de celui qui accepte d'être considéré comme coupable. Aux Etats-Unis, si vous assistez à un procès qui se termine par un guilty plea, la seule chose que vous voyez en définitive, c'est le juge qui demande à la personne si elle réalise les conséquences des faits dont elle est coupable, l'avocat qui est derrière elle lui donne un grand coup de pied pour qu'elle dise qu'elle est parfaitement saine d'esprit et, à ce moment-là, le juge dit qu'on la jugera après. C'est quelque chose qui est étranger à notre vision. Cela étant, on peut accélérer les procédures dans lesquelles il n'y a pas d'enjeu de faits, soit parce qu'il y a des aveux, soit parce qu'il y a des preuves objectives (empreintes digitales, témoignages non contestés, recherche d'ADN). Le débat sur les faits est alors superfétatoire. Dans ce cas, à Genève et dans d'autres cantons, on a une procédure accélérée. Mais il y a toujours un débat sur la peine. En cas de discussion anticipée sur la peine, on ne peut pas s'empêcher de penser que c'est un peu une justice de cabinet et que, par ce biais, on peut arriver à des situations dans lesquelles les personnes qui se défendent moins bien arrivent à des résultats qui sont moins bons. Pour les propositions de peine, nous avons l'ordonnance pénale, qui constitue le pas le plus avancé que nous pouvons faire, avec une sanction qui, si elle est acceptée, a toutes les formes d'un jugement. Pourquoi aller plus loin ?

Pour ce qui est des *autorités*, il me paraît évident que le ministère public doit être indépendant de l'exécutif. On ne peut pas accepter les défauts d'un système à la française dont on voit avec quelles difficultés aujourd'hui les hommes politiques acceptent de se défaire.

Sur l'obligation de prévoir un *recours*, il faut que cela soit uniformisé et que ce recours s'impose à tous les cantons. En ce qui concerne l'*entraide*, en particulier *internationale*, je trouve un peu paradoxal que, d'une part, l'on veuille introduire des recours de manière uniforme dans tous les cantons et que, d'autre part, on dise qu'il conviendrait de réduire en matière d'entraide les voies de recours à une seule voie de droit. Dans cette même salle, nous avons passé quelques années à essayer de faire une loi – qui nous dit-on donne de bons résultats – en ce sens que les recours ont été très fortement diminués. Je ne pense pas qu'il serait judicieux, alors que le Tribunal fédéral serait l'instance unique qu'une décision d'exécution d'une autorité d'exécution cantonale (juge d'instruction, ministère public selon le modèle choisi) soit portée directement devant son autorité. Je ne pense pas qu'il soit judicieux de réglementer dans cette procédure nationale ce qui concerne l'entraide internationale, sauf à désigner l'autorité compétente pour exécuter les commissions rogatoires internationales, et je ne crois pas que ce soit le lieu de faire une exception, dans ce domaine, au principe que vous voulez instaurer, c'est-à-dire que toutes les décisions de première instance doivent être susceptibles de recours.

Pour ce qui concerne les *parties*, j'ai été un peu gêné par la présence du mot « prévenu ». Ce terme a une consonance différente selon les cantons. Si vous utilisez le terme « personne poursuivie », vous permettez à la procédure de connaître les différents stades, c'est-à-dire formalisation des charges = inculpé, puis renvoi en jugement = accusé. Je comprends que vous ayez voulu utiliser un terme général. Mais, le terme de prévenu peut de temps en temps prêter à confusion.

Pour ce qui a trait aux *droits des parties*, je voudrais faire un pas de plus que Me Meyer et attirer l'attention de la Commission sur un point dont je n'ai pas trouvé trace dans le rapport. Des situations se présentent dans lesquelles, exceptionnellement, vu la gravité d'une affaire, vu la complexité d'une enquête, le juge peut suspendre un certain nombre de droits de la personne poursuivie. Je pense qu'il serait opportun et primordial que le Code de procédure pénale unifié précise que cette suspension ne peut jamais comporter la privation de l'assistance d'un avocat. Or, dans des cantons comme Genève, cette suspension est appliquée par un certain nombre de juges. Le Tribunal fédéral, sans dire que cela est justifié, dit que cela n'est pas arbitraire.

Je n'ai trouvé également aucune mention du problème de *nullité des moyens de preuve*. Quid d'un moyen de preuve qui est acquis de manière irrégulière ? Devrons-nous, en l'an 2000, formaliser la jurisprudence von Däniken et dire « cela ne fait rien, on le fera après régulièrement » ou devons-nous introduire des garde-fous plus importants pour qu'un juge se dise que s'il fait une chose irrégulière, la preuve risque d'être tout simplement écartée ?

Les situations dans lesquelles le juge d'instruction est appelé à prononcer l'incarcération de quelqu'un sont des situations où la décision se prend très vite. Il ne passe pas des heures à examiner un dossier en se demandant s'il va garder cette personne ou non. C'est très souvent la police qui fait le premier pas. Elle amène la personne détenue. Rares sont les situations dans lesquelles le juge décide de lui-même d'arrêter quelqu'un. La police lui amène une personne en détention et il décide ensuite de la libérer ou non. Je ne crois pas qu'il soit judicieux de faire appel à un autre juge (*juge de la détention*) que celui qui mène l'enquête. Cette procédure a l'air relativement lourde. Ce que l'on voit faire en France ou en Italie ne me paraît pas militer en ce sens.

En ce qui concerne les *contacts entre une personne poursuivie et son avocat*, je pense que l'on ne devrait prévoir aucune situation dans laquelle on peut surveiller un avocat qui discute avec son client détenu. Que l'on désire voir ce qu'a un avocat dans sa serviette en entrant ou en sortant, est un autre problème. Il peut se trouver des situations dans lesquelles il pourrait y avoir des collusions ou des entraves à la justice. Pourquoi surveiller le rapport d'un avocat avec son client qui est déjà détenu ? Allons jusqu'au bout, mettons des micros, enregistrons et ayons ainsi des aveux ! C'est quelque chose qui ne devrait souffrir aucune exception, même en cas d'actes terroristes ou de mises en danger de la sûreté de l'Etat, car, sinon, l'avocat ne peut pas faire son travail.

En ce qui concerne *l'opportunité de classer*, je ne suis pas sûr d'avoir bien compris le système sur le classement et la différence qui existe entre le non-lieu provisoire avant la formalisation d'une procédure et le non-lieu provisoire après. Pour moi, c'est les deux fois un classement. La première fois, c'est un classement qui est fait parce qu'il n'y a pas de charges de manière évidente, la seconde fois, c'est un classement qui est fait à moitié en opportunité, à moitié parce que les charges ne pèsent pas lourd. Faut-il vraiment utiliser le terme de non-lieu, qui s'applique en principe à une situation où quelqu'un a été inculpé et il n'y a pas lieu de poursuivre une charge contre lui, et introduire une formulation, peut-être un peu bâtarde de non-lieu provisoire ou définitif. On connaît la différence de non-lieu pour des raisons de fait et de non-lieu pour des raisons de droit. Je trouve que là on se complique un peu la vie.

Si l'on peut concevoir (à mon avis non) que l'on puisse renoncer à *motiver des jugements* dans des cas de peu de gravité, je ne crois pas qu'une année d'emprisonnement soit un cas de peu de gravité.

Prof. Laurent Moreillon (Uni Lausanne) ⁷: Vu la brièveté du délai, nous n'avons pas eu le temps de réunir les réponses de tous nos collègues. Il est vrai que certains de mes collègues de la Faculté de droit sont très fédéralistes et seraient plutôt de l'avis que l'on maintienne les positions acquises dans le canton de Vaud. Pour notre part, le Professeur Gauthier et moi-même, nous sommes favorables à une unification de la procédure pénale. La rédaction d'un code de procédure pénale fédéral est l'occasion de prendre acte de l'évolution de la jurisprudence des droits des parties. Au niveau fédéral, on connaît déjà la loi sur l'aide aux victimes ; pourquoi ne pas continuer ? Il convient aussi de mentionner les articles 346 ss CP sur le for. L'application du concordat, notamment de l'article 19, a par ailleurs donné lieu à des difficultés ; on ne sait plus le droit de quel canton est applicable.

Sur la question de *l'organisation judiciaire*, la Faculté de Lausanne étant dans le canton de Vaud, on ne peut que se féliciter du modèle choisi par la Commission. Nous trouvons bien l'idée d'un juge d'instruction qui mène en toute indépendance l'enquête, le ministère public n'apparaissant que plus tard, comme véritable partie.

Le *principe de l'opportunité* existe déjà dans les faits. Certains cantons connaissent ce système, d'autres pas. Certains juges utilisent abondamment le système de l'ordonnance de non-lieu, abandonnant les poursuites dès qu'un arrangement est intervenu entre les parties. Il faudrait qu'un code de procédure unifié règle expres-

⁷ Cf. En annexe la prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

sément cette question. Nous sommes d'accord sur le principe de l'opportunité, cependant limité à des cas « bagatelles ». Dans tous les cas, la décision de classement doit être motivée et soumise à un contrôle juridictionnel.

Quant au *plea bargaining*, nous sommes réservés dans la mesure où l'on ne connaît pas cette institution. Ce principe peut créer un déséquilibre selon que l'inculpé a les moyens de se faire assister ou non.

Sur le *témoin de la couronne*, nous estimons qu'il n'est pas admissible d'assurer l'impunité à l'un des participants au délit, qui se déclare prêt à déposer contre ses complices en qualité de témoin de la Couronne. L'article 260 ter ch. 2 CP permet déjà au juge d'atténuer librement la peine à l'égard de celui qui, ayant adhéré à une organisation criminelle ou l'ayant soutenue, s'est ensuite efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation.

Vous avez raison de laisser de côté le *droit pénal des mineurs*. Il est préférable de compléter le projet de loi fédérale sur la condition pénale des mineurs par des dispositions de procédure.

Au niveau des différentes instances cantonales de recours, nous estimons qu'il faudrait introduire une *juridiction d'appel* à l'encontre du jugement final. Il devrait y avoir trois instances : l'autorité de 1^{ère} instance, le tribunal d'appel, puis les recours fédéraux.

Les règles du Code pénal en matière de *for* et les dispositions du concordat sur l'entraide judiciaire intercantonale peuvent être intégrées dans un code de procédure unifié. Il faudrait profiter de régler par écrit les questions d'entente entre les cantons. Il s'agirait à tout le moins de codifier les règles générales dégagées par la jurisprudence.

Le canton de Vaud fait la distinction entre prévenu, inculpé, accusé et condamné. Il serait bon qu'un code de procédure trouve le terme adéquat pour désigner le prévenu (prévenu, personne entendue, suspect). Il faudrait conférer au *suspect* (à savoir à celui qui n'est pas encore formellement l'objet d'une enquête) un minimum de droits élémentaires, notamment le droit, lorsqu'il est interpellé par la police ou placé en garde à vue, d'appeler depuis le poste de police un avocat.

Il serait bon que le code précise exactement à quelles conditions on peut accepter un *moyen de preuve recueilli « illicitement »*.

Nous ne voyons pas la nécessité, sur le plan pratique, de séparer les *débats* en deux parties (Schuldinterlokut ou Tatinterlokut).

Le canton de Vaud connaît le système de *l'action civile*, tel qu'il est proposé par la Commission. Il paraît aussi important que l'on intègre dans le code unifié les dispositions de la loi sur l'aide aux victimes.

Cette unification va mettre à néant le *recours de droit public* au Tribunal fédéral, puisqu'il ne s'agirait plus de droit cantonal, mais de droit fédéral. On doit dès lors se demander quel recours devrait être intenté au TF s'agissant des mesures prises en cours d'enquête par le juge d'instruction et confirmées par une chambre d'accusation

cantonale. En ce qui concerne l'*entraide*, lorsque vous proposez de limiter les voies de recours, il ne faut pas oublier que le projet devra également être conforme à l'article 98 OJ, qui, dans le cadre du recours de droit administratif, exige sous lettre g) que l'on ait d'abord épuisé les instances cantonales, et on ne pourra pas prévoir directement un recours au TF.

Prof. Jean Gauthier (Uni Lausanne): Juste une réflexion générale. Il y a des desiderata auxquels l'esquisse du droit de procédure complète ne peut pas répondre. Dans la pratique, la très grande partie des cas se résolvent dans des procédures simplifiées. La procédure complète, avec la phase de l'instruction et des débats oraux, s'applique en définitive rarement.

Sur le plan cantonal, il conviendrait d'introduire un *appel*. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'appel conduit parfois à une annulation du jugement. Si la procédure est affectée d'un vice et que la juridiction d'appel juge elle-même, elle prive l'accusé de la garantie de la double instance. En pareil cas, pour assurer la garantie du double degré de juridiction, il est indispensable que la Cour d'appel mette le jugement à néant et renvoie la cause au juge de 1^{ère} instance pour qu'il remédie au vice constaté et prononce un nouveau jugement.

Quant aux voies de *recours au Tribunal fédéral*, nous aimerions attirer votre attention sur un risque. Dans une large mesure, les droits qui sont reconnus à la personne poursuivie dépendent actuellement des lois de procédure pénale, qui sont du droit cantonal. La violation de ces droits est soumise au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public, qui permet de faire constater le cas échéant la violation d'un droit constitutionnel fédéral qui a été déduit de la liberté personnelle ou des garanties minimales des droits de l'homme. Si la loi de procédure elle-même devient une loi fédérale, il y aura un recours (son nom importe peu) au Tribunal fédéral pour violation des dispositions de procédure qui figurent dans la loi fédérale. Mais il restera la conformité de notre législation interne avec les règles du droit constitutionnel et avec la Convention européenne des droits de l'homme. En l'état, on n'a que l'interprétation et l'application conformes aux règles de droit constitutionnel. Si le projet de la Commission d'experts qui s'est occupée de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale va de l'avant, il y aura peut-être la possibilité d'introduire ce que l'on a appelé le contrôle concret de la constitutionnalité des normes. Il ne faudrait pas que l'unification de la procédure aboutisse à une restriction des droits de la défense.

Dr. Peter Müller: Sie haben mit Fug und Recht auf die Schnittstelle hingewiesen zwischen der Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts und dem geplanten neuen Gesetz über das Bundesgericht. Wir sind uns wohlbewusst, dass wir diese Schnittstelle weiter im Auge zu behalten haben; denn wir haben in unserem Konzeptbericht im wesentlichen nur die Rechtsmittel auf kantonalen Ebene behandelt. Es liegt auch auf der Hand, dass die im Bundesgerichtsgesetz vorgesehenen Rechtsmittel so ausgestaltet werden müssen, dass man einen kohärenten Anschluss an die kantonalen Rechtswege findet.

Bernhard Sträuli (Uni Genève)⁸ : Nous avons eu une discussion interne aux membres du département de droit pénal, notamment avec le Professeur Robert Roth qui lui, par malheur, fait défaut, mais qui, sans doute, relèvera le défaut par écrit. Pour l'essentiel, il s'agit d'avis personnels. Mon impression générale est d'abord la qualité générale du travail effectué par la Commission.

Pour prendre le problème à bras le corps, je suis effectivement pour une telle unification de la procédure pénale. Nous n'avons jamais été aussi prêt d'une unification que maintenant. La pression doit demeurer pour que l'on aboutisse effectivement à une uniformisation de la procédure. Par la même occasion, cela signifie que le modèle alternatif d'une loi-cadre paraît tout à fait impraticable. On en veut finalement pour preuve les difficultés que posent certaines solutions de mise en œuvre de la LAVI (notamment à l'article 8 LAVI, qui pose plus de difficultés qu'il n'en résout). Créer une loi-cadre ne ferait que juxtaposer une réglementation fédérale aux législations cantonales.

Je considère qu'en dehors de toutes considérations de faisabilité politique, cette *uniformisation* doit aller aussi loin que possible, *aussi dans le domaine de l'organisation judiciaire*. Dans le rapport, j'ai lu quelques petites portes de sorties politiques, à savoir la liberté pour les cantons de définir la composition de leurs juridictions de jugement et leur compétence. Cela me paraît inopportun. Dans l'optique d'une uniformisation et de la lisibilité de cette procédure au plan suisse, je pense que la loi de procédure pénale fédérale doit définir la composition des juridictions, leur compétence, la limite à partir de laquelle il pourrait y avoir appel de manière complète ou seulement un appel de manière extraordinaire. Cela implique naturellement que l'on trouve aussi au niveau fédéral des règles uniformes sur la récusation des magistrats, des règles uniformes au niveau de l'assistance judiciaire. De ce point de vue-là, j'aurais presque tendance à dire qu'on pourrait pousser l'uniformisation encore un peu plus loin que ce qui ressort du rapport.

L'élément essentiel de ce rapport est bien sûr le choix du modèle entre juge d'instruction et ministère public. Je viens d'un canton qui vit sous le système du ministère public I. Je dois cependant vous avouer que j'ai été séduit par le *modèle juge d'instruction I* proposé en ce sens qu'il me paraît un bon compromis entre à la fois un souci d'efficacité et un souci de respect des droits des parties. L'intervention d'un juge au plus tôt dans la procédure me paraît un élément important. J'aurais même tendance à préférer ce système à celui que nous connaissons actuellement à Genève (modèle ministère public I) en ce sens que ce modèle comporte le risque d'abord d'une instruction à double et finalement qu'on ne sache plus très bien faire la distinction entre les compétences du ministère public et celles du juge d'instruction. Pour moi, la meilleure illustration de cette problématique est la procédure pénale fédérale. Actuellement le procureur général de la Confédération a exactement les mêmes pouvoirs que le juge d'instruction, ce qui sera complètement achevé dans quelques mois lorsqu'on donnera encore au procureur général de la Confédération la compétence d'entendre des témoins. Cela me paraît être une chose à éviter.

Nous connaissons à Genève le *principe de l'opportunité* complet, sans cautèles, du simple fait des circonstances qui doivent justifier la poursuite. Ce système me paraît connaître certaines dérives qui me choquent profondément. Je vous donne deux

⁸ Cf. en annexe la prise de position écrite.

exemples : renonciation de la poursuite si l'inculpé renonce à être indemnisé ou alors renonciation à la poursuite si l'inculpé accepte de payer les frais de justice. De ce point de vue-là, la définition d'un principe de l'opportunité limitée me paraît adéquate.

J'ai aussi quelques réticences de principe contre l'institution du *plea bargaining*. Cela étant, il me paraît opportun que, dans le cadre des travaux de cette commission, cette question soit discutée, que l'on y réfléchisse et que l'on ne mette pas simplement un couvercle par-dessus comme étant un modèle impraticable, parce que cela se pratique déjà, d'une manière ou d'une autre, dans les cantons et qu'on n'y viendra tôt ou tard. Je préfère que cette matière soit réglementée dans la loi plutôt que de laisser libre recours à des pratiques plus ou moins sauvages, étant entendu qu'au terme d'un processus d'uniformisation il restera des pratiques cantonales. A ce propos, je vous donne une petite information d'outsider. A Genève, au sein de la magistrature, a été développé un projet dit de transaction pénale qui évite, à mon sens, les risques du *plea bargaining* pur dans le sens d'un véritable marchandage et qui concrètement introduit une forme de condamnation sans débats pour un certain nombre d'infractions avec un plafond de peine déterminé. Le procureur rend une espèce d'ordonnance de condamnation, motivée en fait et en droit et avec la fixation de la peine, et il l'a soumis à un tribunal qui décide de l'invalider ou non au terme d'un débat public, oral et contradictoire. Cela me paraît être une question à examiner, qui mérite d'être retenue en quelque sorte dans le prolongement de l'institution de l'ordonnance pénale. Ce serait un moyen de décharger davantage encore les tribunaux, notamment dans les situations où l'organisation de débats n'a pas de grand sens dans la mesure où les faits sont établis.

Concernant la réglementation du *témoin de la couronne*, j'ai été convaincu par les arguments de la Commission contre l'introduction d'un tel système, qui me paraît effectivement aller contre les principes fondamentaux de la procédure, à l'inverse du *plea bargaining* dans les limites que je viens de définir. Ce qui a été dit à propos de la *protection des témoins* n'appelle pas de commentaire non plus.

S'agissant de l'énumération des parties, pour se conformer à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il me paraît important de définir le statut du *tiers susceptible d'être frappé d'une confiscation ou d'une créance compensatrice*. Actuellement, on vit dans un système où celui-ci n'est pratiquement pas connu sur le plan cantonal. On se trouve dans cette situation où des tiers sont frappés d'une mesure qui peut être extrêmement lourde de conséquence sans que l'on connaisse véritablement leurs droits dans la procédure cantonale ; ces droits n'apparaissent qu'au niveau du Tribunal fédéral. Son statut doit être défini. Je le rangerais personnellement au rang des autres parties à la procédure, avec évidemment des droits et des obligations qui restent à définir, mais qui pourraient se rapprocher de ceux de la partie civile.

Il manque dans la liste des mesures de contrainte la réglementation de *l'agent infiltré*. Dans le rapport, la question est abordée à l'enseigne de l'enquête de police judiciaire. Cela me paraît nettement insuffisant. Il y a moins de dix jours la Cour européenne a condamné le Portugal qui avait condamné un trafiquant de drogue en se fondant sur les activités de l'agent provocateur. Selon la Cour, un tel système est incompatible, intolérable. Au plus pourrait-on admettre une activité d'agent infiltré placée sous le contrôle d'un magistrat. Dès lors, il me paraît essentiel que l'agent infiltré soit rangé parmi les mesures de contrainte et que son intervention soit dès l'origine autorisée et surveillée par un magistrat.

RA Eva Safuz: Nur ein Hinweis: es wurde vorhin von den "Dritten" gesprochen. Ich möchte Ihre Aufmerksamkeit auf den bernischen Strafprozess lenken, der in Artikel 42 diese Dritten als "andere Beteiligte" bezeichnet und ihre Stellung sowie ihre Rechte klar definiert. Diese Regelung hat sich bewährt.

Prof. Mark Pieth (Uni Basel) [Siehe Sprechmanuskript im Anhang.]

Prof. Kurt Seelmann (Uni Basel): Ich kann mich vielem von dem, was Herr Kollege Pieth ausgeführt hat, grundsätzlich anschliessen. Ich möchte aber einige Akzente etwas anders setzen und auch einige Ergänzungen anbringen.

Zur **Notwendigkeit der Vereinheitlichung**: Diese leuchtet mir sehr ein, schon aus den im Bericht genannten Gründen. Zusätzlich möchte ich hier besonders den Nutzen der Vereinheitlichung für die wissenschaftliche Bearbeitung des Strafverfahrensrechts betonen. Eine wissenschaftliche Diskussion setzt doch eine gewisse kritische Menge an Diskussionsteilnehmern voraus, die, wenn jeder Kantone sein eigenes Verfahrensrecht hat, dort nicht zustande kommen kann.

Die Auswirkungen einer einheitlichen Strafprozessordnung auf die **Gerichtsorganisation** erscheinen mir im Bericht richtig wahrgenommen. Ich sehe, dass es da gewisse Probleme vor allem unter dem Aspekt des Föderalismus, gibt, die es schwer machen, Organisationsentscheidungen tatsächlich zu treffen, wiewohl sie von der Sache her naheliegen. Es mag Sie in diesem Zusammenhang interessieren, dass im deutschen Bundesland Bayern, aus welchem ich komme, und das ausgesprochen föderalistisch gesinnt ist, sich kaum jemand daran stösst, dass die Gerichtsorganisation für ganz Deutschland einheitlich geregelt ist. Allerdings hat man - und dies könnte auch ein für die Schweiz zweckmässiger Weg sein - in vielen Bereichen die Terminologie in den verschiedenen Bundesländern unterschiedlich gelassen. So gibt es beispielsweise in Bayern einen Verwaltungsgerichtshof, der anderswo Obergerverwaltungsgericht heisst; oder es gibt in Berlin ein Kammergericht, das in anderen Teilen Deutschlands Oberlandesgericht genannt wird. Da gibt es, glaube ich, viele Möglichkeiten, gewissen föderalen Empfindlichkeiten entgegenzukommen, ohne doch die als richtig erkannten Grundsätze der Vereinheitlichung aufzugeben. In vielen Kantonen hängt ja wohl das Herz gerade auch an den Bezeichnungen für Gerichte und andere justitielle Instanzen.

Zur **Modellfrage**: Gegenüber dem vorgeschlagenen Untersuchungsrichtermodell bin ich ein wenig skeptisch. Und zwar deswegen, weil ich die gesamte Prozessordnung von der Hauptverhandlung her sehe: die Hauptverhandlung ist das Stadium, in welchem alle Beteiligten in gleichzeitiger Anwesenheit noch einmal den Fall aufarbeiten und das auch Gelegenheit zur Kontrolle gibt. Dies wiederum legt eine gewisse Zurückhaltung bei der Beschneidung des Unmittelbarkeitsprinzips nahe. Diese Sicht der Hauptverhandlung hat Rückwirkungen auf das Vorverfahren: Wenn nämlich im Hauptverfahren die Tat und ihre Aufarbeitung kontrolliert werden, dann ist es weniger wichtig, dass im Vorverfahren ein Richter tätig ist. Es wäre vielleicht im Gegenteil besser, dass im Vorverfahren nicht permanent ein Richter tätig wird, weil dadurch nämlich die falsche Sicherheit entsteht, es sei alles unparteiisch entschieden und

man könne deswegen die Hauptverhandlung leichter und kürzer machen. So gesehen, also unter dem Aspekt eines stark vom Richter dominierten Hauptverfahrens, läge für mich im Vorverfahren das Staatsanwaltschaftsmodell etwas näher.

Zum *plea bargaining*: Hier sollte man sich zunächst überlegen, ob das plea bargaining heute bereits existiert bzw. in Zukunft existieren wird. Wenn man dieses Instrument voraussichtlich nicht völlig vermeiden können, dann müsste es auch rechtlich geregelt werden. Sonst besteht die Gefahr für den Beschuldigten, dass er beispielsweise zu einem Geständnis veranlasst wird, hinterher aber die ihm gemachten Zusagen nicht eingehalten werden.

Anders sehe ich die *Kronzeugenregelung*: Den von der Kommission beschlossenen Verzicht darauf halte ich für eine sehr weise Entscheidung.

Zu den *Behörden*: Zu diesem Thema möchte ich mich im Prinzip dem anschliessen, was Herr Kollege Pieth ausgeführt hat. Ich halte es ebenfalls für nicht sehr glücklich, dass künftig die Polizei selbständig soll arbeiten können unter Ausschluss aktiver Verteidigungsrechte. Es wäre meines Erachtens ein wichtiges rechtsstaatliches Gebot, dass das Verfahren von Anfang an justizförmig ist und damit auch durch ein Justizorgan geleitet wird. Das bedeutet wiederum nicht, dass die Polizei in allem, was sie tut, immer beim Justizbeamten rückfragen muss; vielmehr muss dieser sie an der langen Leine halten, und die Polizei muss auch die Möglichkeit haben, in Fällen von akuter Gefahr selbständig den ersten Schritt zu tun. Aber im Prinzip sollte sie doch von Anfang an von einem Justizorgan kontrolliert werden. Daraus sollten auch die Konsequenzen für den Beschuldigten gezogen werden, namentlich dass er von allem Anfang des Verfahrens an die Möglichkeit der Verteidigung hat.

Ich hege etwas Zurückhaltung gegen die Unterscheidung von *Zeugen und Auskunftspersonen*, weiss allerdings, dass in der Schweiz diesbezüglich eine gewisse Tradition besteht. Aus meiner Sicht überwiegen die Nachteile. Ich glaube, die Unterscheidung könnte ebensogut auf der Ebene des materiellen Rechts geregelt werden.

Dr. Peter Müller: Ich möchte zum Schluss ganz kurz meine Eindrücke des heutigen Hearings zusammenfassen. Wie schon bei der ersten Anhörung haben auch heute alle Teilnehmer übereinstimmend der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts das Wort geredet. Ebensowenig Unterschiede stelle ich bei der Ablehnung eines blossen Rahmengesetzes fest.

Wie schon letztes Mal hat sich auch heute wiederum die Modellwahl als Crux erwiesen. Am ersten Hearing ging die Tendenz relativ deutlich hin zu einem Staatsanwaltschaftsmodell II. Heute hörte ich eher eine Hinwendung zum Staatsanwaltschaftsmodell I im Sinne eines politischen Kompromisses. Das wird sicher zu prüfen sein. Freilich haben sich nicht alle, die das Untersuchungsrichtermodell I ablehnen, klar geäussert, in welche andere Richtung es denn gehen solle.

Das Anliegen einer unabhängigen Staatsanwaltschaft ist weit verbreitet, wenn auch die Meinung gelegentlich durchschimmert, die Unabhängigkeit könne wohl nicht eine völlig absolute sein, da ja gerade mit Blick auf die Ressourcen des Kantons die Regierung auch ein Wort mitzusprechen hat.

Beim Opportunitätsprinzip sind keine grösseren Probleme auszumachen. Beim plea bargaining überwogen auch heute die skeptischen Stimmen, etwas deutlicher noch als vor einer Woche. Gerade in solchen Punkten, in denen eine gewisse Unsicherheit herrscht, lohnt es sich meines Erachtens, die Diskussion weiterzuführen, vielleicht auch Modelle aufzustellen, auf die man dann allenfalls später wieder verzichten kann.

Wenig gehört haben wir heute zur Problematik des Zeugenschutzes; am ersten Hearing vernahm man wesentlich mehr dazu. Immerhin ist die Schweiz jetzt sehr direkt mit dieser Problematik konfrontiert, haben wir doch vom Kriegsverbrechertribunal für Ex-Jugoslawien die Anfrage erhalten, ob die Schweiz bereit wäre, Zeugen, die vor diesem Tribunal ausgesagt haben, aufzunehmen und sie hier gegebenenfalls zu schützen. Das Thema ist also auf dem Tisch, und wir müssen eine Antwort bereitstellen. Dazu werden wir sicherlich mit den Kantonen zusammenarbeiten müssen, denn der Bund kann ja nicht einfach von sich aus ein Zeugenschutzprogramm durchführen.

Möglicherweise wegen der Zusammensetzung der heutigen Hearingsteilnehmer wurden die Verteidigungsrechte heute stärker diskutiert. Man hat uns signalisiert, dass da und dort die Ausführungen im Bericht noch nicht ganz überzeugen. Da wird sicher noch einiges zu tun sein.

Wie schon letztes Mal möchte ich zum Schluss Herrn Prof. Hausheer das Wort geben für einige Bemerkungen aus der Sicht des Militärstrafprozesses.

Prof. Heinz Hausheer: [Vgl. Protokoll des Hearings vom 12. Juni 1998]

Dr. Peter Müller: Damit schliesse ich das Hearing ab und danke Ihnen allen herzlich für die wertvollen Beiträge.

047

Aus 29 mach 1

Gemeinsame Antwort der Polizeikommandi Bern
und Freiburg im Auftrag der KKPKS zum Fragen-
katalog der Expertenkommission

10.6.1998

Aus 29 mach 1

Fragenkatalog

1. Allgemeines

- 1.1 Wie beurteilen Sie die Aussagen des Berichts „Aus 29 mach 1“ im allgemeinen?

Der Bericht verfolgt dreierlei Absichten (vgl. Ziff. 1.41): 1. die Inhalte einer künftigen gesamtschweizerischen Prozessordnung in den Grundzügen skizzieren, 2. die damit verbundenen Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation der Kantone darstellen und 3. zu rechtspolitischen Grundsatzfragen (z.B. Kronzeugenregelung, plea bargaining) Stellung zu beziehen. - M.E. erfüllt der Bericht die verfolgten Ziele. Er ist klar strukturiert, verständlich abgefasst und verliert sich nicht im Detail.

- 1.2 Gibt es Themen, die im Bericht nicht behandelt sind, die aber ebenfalls in einer eidgenössischen Strafprozessordnung geregelt sein sollten?

nein

2. Notwendigkeit der Vereinheitlichung

- 2.1 Als wie gross beurteilen Sie die Notwendigkeit der Strafprozessrechtsvereinheitlichung in der Schweiz?

Die Strafprozessrechtsvereinheitlichung stellt die logische Folge des bereits eingeleiteten Prozesses dar (Bsp. DSG, OHG). In diesem Sinn ist die Fortführung des eingeschlagenen Wegs zu begrüßen. - Bemerkung: (nicht in direktem Zusammenhang mit der Vorlage stehend) Nicht begrüsst wird eine einseitige Kompetenzverschiebung zugunsten des Bundes wie es bspw. die 'Massnahmen zur Verbesserung der Effizienz und der Rechtsstaatlichkeit in der Strafverfolgung' vorsehen (Botschaft, BBl 1998 1529 ff.).

- 2.2 Welche Gründe für die Vereinheitlichung stehen für Sie im Vordergrund?

Der interkantonale Personaleinsatz (auf sämtlichen Stufen der Strafverfolgung) wird ohne grössere Probleme möglich und der Rechtssicherheit kann im gebührenden Rahmen Rechnung getragen werden.

- 2.3 In welchen Bereichen des Strafverfahrens sind einheitliche Vorschriften besonders wichtig, wo weniger?

... besonders wichtig, dass das Verfahrensrecht einheitlich kodifiziert wird

2.4 Sehen Sie taugliche Alternativen zur Vereinheitlichung?

nein

2.5 Wäre ein blosses Rahmengesetz eine brauchbare Alternative?

nein; die Rechtsunsicherheit würde bestehen bleiben

3. Gerichtsorganisation

3.1 Die Expertenkommission geht davon aus, dass eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts nicht völlig ohne Wirkungen auf die kantonale Gerichtsorganisation auskommt.

- Teilen Sie diese Auffassung?

- Wie weit dürfen bzw. müssen Eingriffe des Bundesgesetzgebers in die kantonale Organisationseinheit gehen?

Nur ein einheitliches Strafverfolgungsmodell bietet grösstmögliche Gewähr dafür, dass der Rechtssicherheit in all ihren Facetten (z.B. interkantonale Rechtshilfe, Zeugenschutz, verdeckte Ermittlung) zum Durchbruch verholfen werden kann. Zur Erreichung dieses Zwecks kommt man nicht umhin, sowohl die Organe der Strafrechtspflege einheitlich zu regeln als auch die kantonale Gerichtsorganisation diesem Ziel unterzuordnen.

3.2 Wie beurteilen Sie das von der Expertenkommission bevorzugte Strafverfolgungsmodell (unabhängige Untersuchungsrichter)? Welches Modell würden Sie selber vorziehen? Aus welchen Gründen?

Die Expertenkommission beleuchtet vier Modelle: das Untersuchungsrichter-Modell I (z.B. ZG, VD) und II (z.B. ZH, BE) und das Staatsanwaltschaftsmodell I (AG, GE) und II (BS, TI). - Das von der Expertenkommission bevorzugte Modell basiert auf der Unabhängigkeit des Untersuchungsrichters (UR-Modell I). Bei diesem Modell hat der Staatsanwalt keine Funktion im Vorverfahren; Einfluss nehmen kann er einzig auf die Ueberweisungsverfügung (vgl. hinten Frage 5.222 und Bericht S. 138). Für dieses Modell spricht das Hinfälligwerden des Haftrichters. Gegen dieses Modell spricht u.E. die mangelnde Kontrolle der Untersuchungsbehörde i.S. des bernischen Strafprozessrechts. Aus diesem Grund, und weil auch beim Untersuchungsrichter-Modell II das Instrumentarium des Haftrichters nicht unabdingbar ist, geben wir dem Untersuchungsrichter-Modell II den Vorzug (= Regelung BE).

3.3 Hat die Expertenkommission die Auswirkungen der von ihr getroffenen Modellwahl auf die Gerichtsorganisation zutreffend dargestellt (Ziff 3.14 des Berichts)

ja

- 3.4 Sind die organisatorischen Folgen der Vereinheitlichung in Ziff 3.23 des Berichts vollständig und korrekt aufgeführt?

ja

4. Neue strafprozessuale Instrumente

4.1 Opportunitätsprinzip / Plea bargaining

- 4.11 Erachten Sie Ausnahmen vom Verfolgungszwang grundsätzlich als sinnvoll?

ja; entspricht der Regelung des Kantons Bern (Art. 4 BE-StrV)

- 4.12 Wie beurteilen Sie das vorgeschlagene „gemässigte“ Opportunitätsprinzip?

zweckdienlich (= Regelung Kanton Bern)

- 4.13 Müssen aus Opportunitätsgründen erlassene Einstellungsverfügungen gerichtlich überprüft werden?

nein

- 4.14 Sollte das plea bargaining zugelassen werden, und wie wäre es allenfalls auszugestalten?

Beim plea bargaining wird zwischen Staatsanwalt und Verteidigung über den zu beurteilenden Sachverhalt verhandelt mit dem Ziel, dass sich der Verdächtige schuldig erklärt, wenn an der Anklage durch Weglassen von Anklagepunkten und Ausweichen auf weniger schwerwiegende Straftaten Abstriche gemacht werden.

Dieses Feilschen um Anklagepunkte (nota bene vor abgeschlossenem Beweisverfahren) steht u.E. quer in der Landschaft zu unserer Rechtskultur. Aus diesem Grund sollte auf dieses Instrumentarium verzichtet werden.

4.2 Kronzeugenregelung

- 4.21 Soll das Institut des Kronzeugen im schweizerischen Strafprozessrecht eingeführt werden?

grundsätzlich nein; vorstellbar ist eine verstärkte Berücksichtigung der Aufklärungshilfe i.S. der Ausführungen auf S. 59 f. des Berichts.

- 4.22 Wenn ja: Wie sollte das Institut ausgestaltet werden?

- 4.23 Sollten bestimmte strafprozessuale Instrumente anstelle des Kronzeugen explizit vorgesehen werden?

vgl. Antwort zu Frage 4.21

4.3 Zeugenschutz

- 4.31 Wie beurteilen Sie die von der Expertenkommission vorgeschlagene Regelung des Zeugenschutzes (Ziff 4.34 des Berichts)?

zweckdienlich, aus dem Bedürfnis der Praxis erwachsen

- 4.32 Sind weitere Zeugenschutzmassnahmen vorzusehen?

nein

- 4.33 Müssten auch ausserprozessuale Zeugenschutzprogramme (Ziff. 4.335 des Berichts) vorgesehen werden?

nein

5. Konzept

5.1 Allgemeiner Teil

5.11 Anwendungsbereich

- 5.111 Ist der (vorläufige) Ausschluss gewisser Verfahrensbereiche aus der eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO) sinnvoll und richtig?

U.E. sollte das Verfahren gegen Kinder und Jugendliche ebenfalls in die eidgenössische STPO aufgenommen werden; ebenso das Ordnungsbussenverfahren. - Die angeführte Begründung für den (vorläufigen) Ausschluss des Jugendstrafverfahrens mag nicht zu befriedigen („in diesem Bereich scheinen die Verfahrensordnungen der Kantone stärker auseinanderzuklaffen“; vgl. S. 70 des Berichts).

- 5.112 Welche Bereiche sollten von Anfang an in der eidgenössischen StPO geregelt werden, welche können, auch dauerhaft, separat normiert bleiben?

Die im Bericht dargelegten und die beiden unter Ziff. 5.111 angesprochenen Bereiche. - Separat normiert bleiben können das Militärstrafverfahren und das Verwaltungsstrafverfahren des Bundes.

- 5.113 Soll insbesondere das Verfahren bei Widerhandlungen gegen kantonales Strafrecht eidgenössisch geregelt werden?

ja

052

5.12 Behörden

- 5.121 Ist die im Bericht vorgenommene Enumeration der Behörden der Strafrechtspflege zutreffend und vollständig?

ja

- 5.122 Ist es richtig, die Tätigkeit der Polizei im Rahmen des Vorverfahrens der Leitung und Aufsicht des Untersuchungsrichters zu unterstellen?

ja; mit der Einschränkung, dass die Polizei das Recht haben muss, Ermittlungen soweit selbständig voranzutreiben, bis sie sich über das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts im klaren ist (vgl. hinten Ziff. 5.212 und S. 123 des Berichts)

- 5.123 Soll die Staatsanwaltschaft von der Exekutive unabhängig sein? Wenn ja, in welchem Masse?

nein; auch die Staatsanwaltschaft soll wie die Untersuchungsbehörde der Aufsicht der Anklagekammer unterstehen (Ausnahme: Generalprokurator)

- 5.124 Sollen die Kantone verpflichtet werden, ein Obergericht als Rechtsmittelinstanz sowie eine Anklagekammer einzuführen?

ja

- 5.125 Sollen die Kantone für die Beurteilung von Uebertretungen auch nicht-richterliche Behörden (z.B. préfets) einsetzen können?

denkbar - m.E. aber wenig sinnvoll

5.13 Gerichtsstand / Rechtshilfe

- 5.131 Sollen die Gerichtsstandsvorschriften des Strafgesetzbuches und die Bestimmungen des Rechtshilfekonzordates in die vereinheitlichte StPO eingefügt werden?

ja

- 5.132 Teilen Sie die Auffassung der Expertenkommission, dass beim Verfahren der interkantonalen Rechtshilfe nach IRSG die Rechtsmittel auf ein einziges beschränkt werden sollten?

i.S. der Effizienz und Raschheit des Verfahrens: ja

5.14 Grundsätze des Verfahrens

- 5.141 Ist die Liste der zu kodifizierenden Prozessmaximen vollständig bzw. zu ausgedehnt?

vollständig

- 5.142 Können Sie sich den von der Expertenkommission skizzierten Grundsätzen des Datenschutzes in Strafverfahren anschliessen?

grundsätzlich ja; jedoch mit dem Hinweis darauf, dass der Datenschutz nicht weitergehen darf, als er im bernischen Strafverfahren vorgesehen ist (vgl. Art. 217 f. BE-StrV)

5.15 Parteien und andere Verfahrensbeteiligte; Verbelständung

- 5.151 Sind die vorgeschlagenen einheitlichen Parteibezeichnungen (Staatsanwaltschaft, Beschuldigter, Privatklägerschaft) zweckmässig?

ja; anstelle des Begriffs 'Beschuldigter' verwendet das bernische Strafverfahren den Begriff 'Angeschuldigter'. - Die Bezeichnung erscheint mir treffender.

- 5.152 Erachten Sie es als vorteilhaft, dass der Privatkläger im Straf- und im Zivilpunkt soll auftreten können?

ja

- 5.153 Wie stellen Sie sich zur skizzierten Regelung der Verteidigung?

einverstanden; entspricht der Regelung im Kanton Bern

- 5.154 Wie schwer soll die zu erwartende Freiheitsstrafe sein, die eine notwendige Verteidigung begründet?

> 1 Jahr; vgl. Art. 50 BE-StrV

- 5.155 Von welcher Dauer der Untersuchungshaft an ist die notwendige Verteidigung zu gewähren?

> 1 Monat; vgl. Art. 50 BE-StrV

5.16 Verfahrensrechte

- 5.161 Ist die von der Expertenkommission vorgesehene Ausgestaltung der Waffengleichheit der Parteien angemessen?

An und für sich ja; mit Bezug auf die Formlierung auf Seite 94 des Berichts (1. Absatz, 4. Satz) ist der Schlusshalbsatz „... oder gegen diese eine Zwangs-

054

massnahme angeordnet wird“ wegzulassen. - Diese Formulierung stiftet Verwirrung, zumal auch die Polizei im Rahmen des Vorverfahrens Zwangsmassnahmen anordnen kann. Diese Befugnis darf allerdings nicht dazu führen, dass der Beschuldigte bereits in diesem frühen Zeitpunkt der Ermittlungen Akten-einsicht verlangen kann.

5.162 Sind die dem Opfer zuerkannten besonderen Rechte ausreichend?

ja

5.17 Prozesshandlungen

5.171 Bedarf die Zusammenstellung der Prozesshandlungen der richterlichen Behörden und der Parteien der Ergänzung oder der Aenderung?

nein

5.18 Beweismittel

5.181 Sind noch weitere als die im Bericht aufgezählten Beweismittel explizit zu regeln?

nein; vgl. jedoch unten Ziff. 5.191

5.182 Befriedigen die vorgesehenen Grundsätze über die Einvernahme von Zeugen?

ja

5.183 Ist es insbesondere richtig, Kinder unter 15 Jahren nicht als Zeugen, sondern nur als Auskunftspersonen einzuvernehmen?

ja

5.19 Zwangsmassnahmen

5.191 Ist der vorgeschlagene Katalog der Zwangsmassnahmen vollständig?

u.E. gilt es nicht nur die Beschlagnahme, sondern auch die Sicherstellung (als Beweismittel; vgl. oben Ziff. 5.181) speziell zu regeln; überdies gehen wir davon aus, dass die Hausdurchsuchung auch das blosse Betreten von Grundstücken i.S. von Art. 212 BE-StrV beinhaltet - wäre dies nicht der Fall, so müsste eine entsprechende Regelung zusätzlich Platz greifen

- 5.192 Ist die zulässige Höchstdauer der Polizeihaft mit 24 Stunden richtig bemessen?

ja

- 5.193 Müsste im Rahmen der Polizeihaft die Einrichtung des „Anwalts der ersten Stunde“ vorgesehen werden?

nein; vgl. die Begründung auf Seite 110, Mitte des Berichts

- 5.194 Bedarf es eines separaten Haftrichters?

nein; auch beim Untersuchungsrichter-Modell II nicht

- 5.195 Wie beurteilen Sie die vorgeschlagene obligatorische Haftprüfung nach einer Untersuchungshaft von 30 Tagen?

Sofern kein Haftrichter über die Anordnung der Untersuchungshaft entscheidet, ist diese Regelung sinnvoll; ansonsten unnötig.

- 5.196 Halten Sie die Ueberwachung von Bankkonten als besondere prozessuale Massnahme für nötig?

ja; Schaffung einer eindeutigen Rechtsgrundlage. - (Anm.: Bis anhin wurde diese Massnahme auf die Zeugnis- und Akteneditationspflicht gestützt.)

- 5.196 Sollte der Einsatz moderner technischer Ueberwachungsgeräte in der neuen Strafprozessordnung besonders geregelt werden?

ja, jedoch in einer sehr offenen Form, die der Entwicklung in diesem Bereich Raum lässt (z.B. Frequenzüberwachung im Bereich der Satellitenkommunikation)

5.2 Besondere Bestimmungen

5.21 Polizeiliche Ermittlungen

- 5.211 Halten Sie die von der Expertenkommission getroffene Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen polizeilichen Ermittlungen für sachgerecht?

ja, in dem Sinn, dass die Polizei das Recht haben muss, Ermittlungen soweit selbständig voranzutreiben, bis sie sich über das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts im klaren ist (vgl. S. 123 des Berichts und vorne Ziff. 5.122)

- 5.212 Wann sollte die selbständige Ermittlungstätigkeit der Polizei spätestens enden?

Unter Berücksichtigung des soeben Erwähnten (Ziff. 5.211) sollte sich die Praxis an der Art und Schwere des Deliktes und der Betroffenheit der implizierten Personen orientieren.

- 5.213 Sind die (zulässigen) Ermittlungshandlungen der Polizei vollständig und richtig dargestellt?

ja

- 5.214 Soll der Untersuchungsrichter der Polizei die Einvernahme von Beschuldigten delegieren können?

... im Ausnahmefall (= entspricht der herrschenden Lehre und der Praxis im Kanton Bern; vgl. Beilage: Kreisschreiben in Strafsachen, Mai 1997, 204 und 238 StrV)

- 5.215 Wie weit sollen generelle Ermittlungsaufträge des Untersuchungsrichters an die Polizei zulässig sein?

... nur zur Abklärung einzelner Sachverhalte

5.22 Richterliche Untersuchung

- 5.221 Wie beurteilen Sie generell den von der Kommission skizzierten Ablauf und die Modalitäten der richterlichen Untersuchung?

grundsätzlich i.O.; jedoch sollten die wesentlichen Entscheide von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht werden. Dies böte auch Gewähr dafür, dass die Beweismittel möglichst vollständig erhoben werden. (Vgl. auch die Ausführungen zu Ziff. 3.2)

- 5.222 Wie stellen Sie sich zu der von der Expertenkommission vorgeschlagenen Einflussnahme der Staatsanwaltschaft auf die Ueberweisungsverfügung?

... entspricht der Regelung im Kanton Bern

5.23 Hauptverfahren

- 5.231 Ist die Möglichkeit des Schuld- bzw. des Tatinterlokuts vorzusehen?

ja; vgl. Art. 294 BE-StrV

- 5.232 Soll für die Beweisaufnahme die „beschränkte“ Unmittelbarkeit gelten?

ja; vgl. Art. 295 II BE-StrV

- 5.233 Soll bei weniger gravierenden Fällen auf die Motivierung des Urteils verzichtet werden können?

ja; vgl. Art. 315 I i.V.m. Art. 29 BE-StrV

5.24 Zivilklage

- 5.241 Soll sich die durch eine Straftat geschädigte Person als Zivilpartei konstituieren können?

ja

- 5.242 Halten Sie es für angezeigt, die Vorschriften des Opferhilfegesetzes über die Modalitäten der gerichtlichen Beurteilung von Zivilansprüchen in die neue StPO einzufügen?

ja

5.25 Besondere Verfahren

- 5.251 Müssten noch andere besondere Verfahren als die im Bericht erwähnten explizit normiert werden?

nein

5.26 Rechtsmittel

- 5.261 Wie stellen Sie sich zum Grundsatz, dass nach der einheitlichen Strafprozessordnung gegen Urteile die Appellation und gegen richterliche Verfügungen Beschwerde als Rechtsmittel offenstehen müssen?

Regelung im Kanton Bern; vgl. Art. 334 BE-StrV

5.27 Kosten und Entschädigung

- 5.271 Ist die im Bericht vorgesehene ausnahmsweise Kostentragungspflicht des Beschuldigten bei der Einstellung und Freispruch angemessen?

ja; vgl. Art. 390 BE-StrV

- 5.272 Ist es am Platz, für zu Unrecht verfolgte oder verurteilte Personen einen eigentlichen Anspruch auf Entschädigung zu statuieren?

ja; vgl. Art. 399 ff. BE-StrV

058

5.28 **Rechtskraft und Vollstreckung**

- 5.281 Sind die von der Kommission als Gegenstand der eidgenössischen Strafprozessordnung ausgesonderten Bereiche des (an sich kantonalen) Vollstreckungsrechts zutreffend umgesetzt?

ja; vgl. Art. 408 ff. BE-StrV

6. **Weitere Themen**

- 6.1 Haben Sie weitere Bemerkungen oder Anregungen zum Konzept der eidgenössischen Strafprozessordnung?

nein

10.6.98

Beilage erwähnt

204 und 238 StrV Polizeiliche Ermittlungen nach Eröffnung der Voruntersuchung

Das Gesetz geht klar davon aus, dass die Voruntersuchung durch die Untersuchungsbehörde geleitet wird (StrV 234 II), auch wenn dies im alten Strafverfahren noch klarer formuliert wurde (aStrV 91 I, vgl. Aeschlimann N. 1335). Im Rahmen der Voruntersuchung ermittelt die Polizei auch nicht selbständig, sondern führt konkrete Aufträge der Untersuchungsbehörde durch (StrV 238 I, Aeschlimann N. 1336).

Auch in einer Voruntersuchung gegen unbekannte Täterschaft ist das Verfahren durch den Untersuchungsrichter zu koordinieren. Es ist zu vermeiden, dass Polizei und Untersuchungsrichteramt nebeneinander ermitteln. In umfangreichen Ermittlungsverfahren oder bei ersten Vorabklärungen in einem Ermittlungsverfahren kommt der Polizei eine erhöhte Selbständigkeit zu. Die Polizeibeamten können im Rahmen solcher Ermittlungen auch Personen befragen, ohne in jedem Fall die Vorschrift von StrV 238 III einhalten zu müssen. Es ist aber zu beachten, dass diese Protokolle unter Umständen wegen Verletzung der Vorschrift von StrV 238 III nicht verwertet werden können. Wenn es also in einem solchen Fall um blosse Vorabklärungen geht oder die Polizei eine grosse Zahl von Personen befragen muss, so können diese Befragungen formlos erfolgen. Stellt sich im Laufe der Befragung heraus, dass eine oder einzelne der Personen wichtige Aussagen machen können, so ist die Untersuchungsbehörde sofort zu orientieren und sind die Befragungen grundsätzlich durch sie selbst oder im Einzelfall durch die Polizei in ihrem Auftrage unter Wahrung der Vorschriften von StrV 238 III und StrV 245 durchzuführen.

Beantwortung des Fragenkataloges des Bundesamtes für Justiz für die Hearings zum Bericht der Expertenkommission "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts"

1. Allgemeines

1.1 Wie beurteilen Sie die Aussagen des Berichts "Aus 29 mach 1" im allgemeinen?

Der systematisch aufgebaute und inhaltlich klare Bericht gibt die Gründe für eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts zutreffend wieder. Auch die inhaltliche Skizzierung eines vereinheitlichten Strafprozessrechtes kann in weiten Teilen als taugliche Diskussionsgrundlage gewertet werden.

Der Abschnitt 3.1 zu den Strafverfolgungsmodellen weist einen erheblichen Fehler auf. Der Kanton Zürich verfügt nicht über das Untersuchungsrichter-Modell II: Die heutige Regelung mit Bezirks- und Staatsanwälten, welche beide in ihrem Kompetenzrahmen Anklage erheben und vertreten, entspricht vielmehr im wesentlichen dem Staatsanwaltschafts-Modell II. Verschwiegen wird auch der Umstand, dass der Kanton St. Gallen zur Zeit erwägt, vom Untersuchungsrichter-Modell II zum Staatsanwaltschafts-Modell zu wechseln.

Nicht akzeptierbar ist der Bericht indessen in seinem Kernstück. Bei der Wahl eines einheitlichen Strafverfolgungsmodells werden die Vor- und Nachteile der einzelnen Strafverfolgungsmodelle zwar im wesentlichen richtig wiedergegeben. Es ist unerklärlich, weshalb - abgesehen von den geltend gemachten Akzeptanzgründen - ausgerechnet das am wenigsten effiziente, kosten- und personalintensivste und für eine einheitliche Kriminalitätsbekämpfung am wenigsten geeignete Untersuchungsrichter-Modell I vorgeschlagen wird. Auf dieser Basis wird es nicht möglich sein, eine vollständige Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes herbeizuführen.

- 1.2 Gibt es Themen, die im Bericht nicht behandelt sind, die aber ebenfalls in einer eidgenössischen Strafprozessordnung geregelt sein sollten?

Der Bericht befasst sich bereits relativ detailliert mit dem möglichen Inhalt eines vereinheitlichten Strafprozessrechtes. Eine Diskussion einzelner Regelungen erscheint verfrüht, bevor nicht Einigkeit darüber besteht, welches Strafverfolgungsmodell Grundlage eines vereinheitlichten Strafprozessrechtes bilden könnte. Es fehlen als Themen die Beschlagnahme zur Sicherung der Verfahrenskosten sowie das selbständige Einziehungsverfahren.

2. Notwendigkeit der Vereinheitlichung

- 2.1 Als wie gross beurteilen Sie die Notwendigkeit der Strafprozessvereinheitlichung in der Schweiz?

Die Notwendigkeit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes in der Schweiz ist erheblich. Auch wenn eine Strafprozessrechtsvereinheitlichung indessen wünschbar und von zahlreichen Vorteilen begleitet wäre, so ist sie doch nicht um jeden Preis vorzunehmen. Die Einführung des aus Sicht vieler Kantone nur äusserst bedingt tauglichen Untersuchungsrichter-Modells I wäre ein zu hoher Preis für die mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes zu erzielenden Vorteile.

- 2.2 Welche Gründe für die Vereinheitlichung stehen für Sie im Vordergrund?

Der Bericht gibt im Abschnitt 2 die Gründe für eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes zutreffend wieder. Im Vordergrund steht zweifellos ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit und nach Vereinfachung der Rechtshilfe unter den Kantonen und gegenüber dem Ausland.

- 2.3 In welchen Bereichen des Strafverfahrens sind einheitliche Vorschriften besonders wichtig, wo weniger?

Eine Vereinheitlichung ist vor allem in denjenigen Bereichen wichtig, wo Gerichtspraxis und EMRK nicht schon jetzt gewisse einheitliche Lösungen vorschreiben.

- 2.4 Sehen Sie taugliche Alternativen zur Vereinheitlichung?

- 2.5 Wäre ein blosses Rahmengesetz eine brauchbare Alternative?

Ein blosses Rahmengesetz wäre nur die ultima ratio nach dem Scheitern einer Gesamtvereinheitlichung. Damit wäre ein Rahmengesetz grundsätzlich nicht wünschbar.

3. Gerichtsorganisation

3.1 Die Expertenkommission geht davon aus, dass eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts nicht völlig ohne Wirkungen auf die kantonale Gerichtsorganisation auskommt.

- Teilen Sie diese Auffassung?
- Wie weit dürfen bzw. müssen Eingriffe des Bundesgesetzgebers in die kantonale Organisationshoheit gehen?

Eine völlige Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes bedingt Anpassungen der kantonalen Gerichtsorganisation. Realistischerweise muss heute festgestellt werden, dass die Kantone zum vorgeschlagenen Modell kaum Hand bieten würden. Anpassungen sollen so weit wie nötig, aber so wenig weit wie möglich gehen.

3.2 Wie beurteilen Sie das von der Expertenkommission bevorzugte Strafverfolgungsmodell (unabhängige Untersuchungsrichter)? Welches Modell würden Sie selber vorziehen? Aus welchen Gründen?

Mit dem vorgeschlagenen Untersuchungsrichter-Modell I wurde das schlechteste, da aufwendigste und für eine effiziente Verbrechensbekämpfung ungeeignetste Modell gewählt. Dieses Modell würde ausserordentlich schwache Staatsanwaltschaften schaffen. Die einzelnen Untersuchungsrichter würden selbständig unter Zuhilfenahme der Polizei Strafuntersuchungen führen, ohne dass diese nach einheitlichen Gesichtspunkten der Kriminalpolitik und den Erfordernissen der Verbrechensbekämpfung zentral koordiniert würden. Gerade bei der Bekämpfung neuer, bedrohlicher Kriminalitätsformen ist eine auf Stufe weisungsberechtigte Staatsanwaltschaft zentral geleitete und koordinierte Verbrechensbekämpfung erforderlich. Untersuchungsrichter als Einzelkämpfer bieten dafür keine Gewähr. Im Vorstand der KSBS stösst das vorgeschlagene Modell praktisch einhellig auf Ablehnung. Unterstützt wird hingegen das im Bericht durch die Kommissionsminderheit favorisierte Staatsanwaltschaftsmodell I.

3.3 Hat die Expertenkommission die Auswirkungen der von ihr getroffenen Modellwahl auf die Gerichtsorganisation zutreffend dargestellt (Ziffer 3.14 des Berichts)?

Die Auswirkungen werden im Bericht unterschätzt. Die Kantone werden bei Modellwechsel erhebliche finanzielle Aufwendungen haben.

4. Neue strafprozessuale Instrumente

4.1 Opportunitätsprinzip / Plea bargaining

4.11 Erachten Sie Ausnahmen vom Verfolgungszwang grundsätzlich als sinnvoll?

Angesichts der zunehmenden Bedeutung gewisser Kriminalitätsformen und deren Schädlichkeit für Staat oder Gesellschaft hat die Strafverfolgung Prioritäten zu setzen. Bei Bagatel- bzw. Serielikten drängen sich Ausnahmen vom Verfolgungszwang deshalb auf. Angesichts der Finanzknappheit bei Bund und Kantonen und den daraus zwangsläufig resultierenden personellen Engpässen auch in der Strafverfolgung sind derartige effizienzsteigernde Massnahmen zusätzlich erforderlich. Die Anwendung des Opportunitätsprinzips ist nur möglich, wenn es keine ausgebaute unabhängige Tätigkeit der Polizei gibt.

4.12 Wie beurteilen Sie das vorgeschlagene gemässigte Opportunitätsprinzip?

Das vorgeschlagene gemässigte Opportunitätsprinzip ist sinnvoll, da es rechtsgleich und nicht willkürlich angewendet werden kann.

4.13 Müssen aus Opportunitätsgründen erlassene Einstellungsverfügungen gerichtlich überprüft werden können?

Auch wenn damit ein Teil des einzusparenden Aufwandes trotzdem wieder erbracht werden muss, müssen derartige Einstellungsverfügungen gerichtlich überprüft werden können.

4.14 Sollte das plea bargaining zugelassen werden, und wie wäre es allenfalls auszugestalten?

Im Interesse der zunehmend wichtiger werdenden Prozessökonomie sollte die Einführung des plea bargaining, auch in der Schweiz erwogen werden. Eine strikte Ablehnung des plea bargaining wie im Expertenbericht vorgenommen, ist indessen im heutigen Zeitpunkt in keiner Weise sinnvoll. Der Anwendungsbereich wäre indessen aus rechtsstaatlichen Überlegungen eng zu beschränken. Die richterliche Kontrolle und die Öffentlichkeit des Verfahrens wären zu gewährleisten. Auch die Interessen der Geschädigten müssten angemessen berücksichtigt werden können.

4.2 Kronzeugenregelung

Erfahrungen mit der Kronzeugenregelung in Deutschland und insbesondere in Italien zeigen, dass dieses Mittel dann erforderlich ist, wenn es gilt, schwerste Kriminalitätsformen, die Gesellschaft und Staat bedrohen, zu bekämpfen. Die gegen die organisierte Kriminalität in Italien erzielten Erfolge wären ohne die "Pentiti" nicht möglich gewesen.

Glücklicherweise liegt zur Zeit in der Schweiz eine vergleichbare Bedrohung durch das organisierte Verbrechen nicht vor. Dies könnte sich jedoch in Zukunft ändern. Erst bei einer veränderten Bedrohungslage wäre die Einführung des Instituts zu prüfen.

4.3 Zeugenschutz

4.31 Wie beurteilen Sie die von der Expertenkommission vorgeschlagene Regelung des Zeugenschutzes (Ziffer 4.34 des Berichts)?

Die von der Expertenkommission vorgeschlagene Regelung des Zeugenschutzes überzeugt und sollte in dieser Form eingeführt werden. Entsprechende, heute im kantonalen Strafprozessrecht bestehende Defizite können so eliminiert werden.

4.32 Sind weitere Zeugenschutzmassnahmen vorzusehen?

Zur Zeit drängen sich keine weiteren Zeugenschutzmassnahmen auf.

4.33 Müssten auch ausserprozessuale Zeugenschutzprogramme (Ziff. 4.335 des Berichts) vorgesehen werden?

Hier gilt ähnliches wie bezüglich der Kronzeugenregelung. Sollte sich aufgrund einer bedrohlich veränderten Kriminalitätslage die Einführung der Kronzeugenregelung aufdrängen, so müssen auch ausserprozessuale Zeugenschutzprogramme ins Auge gefasst werden.

5. Konzept einer vereinheitlichten Strafprozessordnung

5.1 Allgemeiner Teil

5.11 Anwendungsbereich

5.11.1 Ist der (vorläufige) Ausschluss gewisser Verfahrensbereiche aus der eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO) sinnvoll und richtig?

Auch die Jugendstrafrechtspflege sollte in eine vereinheitlichte Strafprozessordnung aufgenommen werden.

5.12 Behörden

5.12.2 Ist es richtig, die Tätigkeit der Polizei im Rahmen des Vorverfahrens der Leitung und Aufsicht des Untersuchungsrichters zu unterstellen?

Die vorgeschlagene Unterstellung der Polizei wird befürwortet. Eine praktische Umsetzung ist aber nur beim Staatsanwaltsmodell lückenlos möglich.

5.123 Soll die Staatsanwaltschaft von der Exekutive unabhängig sein ? Wenn ja, in welchem Masse?

Eine justizielle Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft ist unbedingt erforderlich. Strafuntersuchung und Anklageerhebung gegen Angehörige der Exekutive sind problematisch, wenn eine Abhängigkeit bzw. ein Weisungsrecht zwischen Exekutive und Staatsanwaltschaft besteht. Die Stellung der Staatsanwaltschaft muss sich an derjenigen der Gerichte orientieren.

5.124 Sollen die Kantone verpflichtet werden, ein Obergericht als Rechtsmittelinstanz sowie eine Anklagekammer einzuführen?

Die Notwendigkeit von Anklagekammern ist unbestritten. Die Notwendigkeit der Einführung von Obergerichten hängt von der Beantwortung der Frage der notwendigen Rechtsmittel ab.

5.125 Sollen die Kantone für die Beurteilung von Übertretungen auch nichtrichterliche Behörden (z.B. préfets) einsetzen können?

Im Interesse eines effizienten, kostengünstigen und einfachen Verfahrens insbesondere für Übertretungen und Bagatelldelikte drängt sich der Einsatz nichtrichterlicher Behörden auf. Dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass deren Entscheide vollumfänglich richterlich überprüft werden können.

5.13 Gerichtsstand / Rechtshilfe

5.131 Sollen die Gerichtsstandsvorschriften des Strafgesetzbuches und die Bestimmungen des Rechtshilfekonzordates in die vereinheitlichte StPO eingefügt werden?

Sollte es zu einer total vereinheitlichten Eidgenössischen Strafprozessordnung kommen, wäre die Einfügung der genannten Vorschriften und Bestimmungen zweckmässig.

5.132 Teilen Sie die Auffassung der Expertenkommission, dass beim Verfahren der internationalen Rechtshilfe nach IRSG die Rechtsmittel auf ein einziges beschränkt werden sollten?

Im Interesse einer wirkungsvollen, innert nützlicher Frist abzuschliessender Führung von Rechtshilfegeschäften ist die Beschränkung auf ein einziges Rechtsmittel unumgänglich. Darüberhinaus muss geprüft werden, ob bei internationaler Rechtshilfe auf Rechtsmittel nicht überhaupt verzichtet werden kann.

5.15 Parteien und andere Verfahrensbeteiligte; Verbeiständung

5.152 Erachten Sie es als vorteilhaft, dass der Privatkläger im Straf- und im Zivilpunkt soll auftreten können?

Geschädigte, die nicht Opfer sind, sollten aus prozessökonomischen Gründen nicht zum Strafpunkt plädieren können.

5.16 Verfahrensrechte

5.161 Ist die von der Expertenkommission vorgesehene Ausgestaltung der Waffengleichheit der Parteien angemessen?

Erstes Ziel des Strafverfahrens müssen Wahrheitsfindung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches bleiben. Unter diesem Aspekt darf kein uferloser, über die Garantien der EMRK hinausgehender Ausbau der Rechte des Beschuldigten stattfinden. Andernfalls wird eine effiziente Kriminalitätsbekämpfung mit den zur Verfügung stehenden, beschränkten personellen und finanziellen Mitteln bald illusorisch. Eine völlige, die Interessen des Untersuchungszwecks nicht mehr beachtende Waffengleichheit der Parteien im Verfahren ist deshalb abzulehnen.

5.162 Sind die dem Opfer zuerkannten besonderen Rechte ausreichend?

Die dem Opfer zuerkannten besonderen Rechte sind absolut ausreichend. Die im Expertenbericht angeregte Prüfung, ob die im OHG statuierten Rechte von Personen auf sämtliche Deliktsoffer ausgedehnt werden sollen, ist strikte abzulehnen. Diese besonderen Rechte nach OHG dürfen weiterhin nur Opfern, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen und psychischen Integrität beeinträchtigt worden sind, gewährt werden.

5.19 Zwangsmassnahmen

5.192 Ist die zulässige Höchstdauer der Polizeihaft mit 24 Stunden richtig bemessen?

Die Haltung der KSBS wird von der konkreten Ausgestaltung des Polizeiverhafts abhängig gemacht. Eine Anhörung des Beschuldigten innert 24 Stunden nach der Festnahme durch den Untersuchungsrichter soll nicht zwingend vorgeschrieben werden. Eine Anhörung am nächsten Werktag ist ausreichend.

5.193 Müsste im Rahmen der Polizeihaft die Einrichtung des "Anwalts der ersten Stunde" vorgesehen werden?

Nein.

5.194 Bedarf es eines separaten Haftrichters?

Diese Frage erstaunt. Die Expertenkommission rühmt in ihrem Bericht als wesentlichen Vorteil ihres Untersuchungsrichter-Modells I den Umstand, dass der Untersuchungsrichter selbst Haft anordnen könne. Es ist daher unverständlich, warum die Frage nach einem zusätzlichen Haftrichter gestellt wird. Auch bei der Wahl des von uns favorisierten Staatsanwaltsmodells I ordnet der Untersuchungsrichter die Haft an.

5.195 Wie beurteilen Sie die vorgeschlagene obligatorische Haftprüfung nach einer Untersuchungshaft von 30 Tagen?

Unter der Voraussetzung, dass eine jederzeitige Haftbeschwerde möglich ist, ist eine obligatorische Haftprüfung nach einer bestimmten Frist nicht erforderlich.

5.196 Halten Sie die Überwachung von Bankkonten als besondere prozessuale Massnahme für nötig?

Die gesetzliche Regelung der Überwachung von Bankkonten ist sinnvoll.

5.197 Sollte der Einsatz moderner technischer Überwachungsgeräte in der neuen Strafprozessordnung besonders geregelt werden?

Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte kann zusammen mit der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs als "geheime Überwachung" in der vereinheitlichten StPO geregelt werden. Eine besondere Regelung drängt sich nicht auf.

5.2 Besondere Bestimmungen

5.21 Polizeiliche Ermittlungen

5.214 Soll der Untersuchungsrichter der Polizei die Einvernahme von Beschuldigten delegieren können?

Grundsätzlich soll eine derartige Delegation möglich sein. Es stellt sich die Frage der Parteiöffentlichkeit.

5.23 Hauptverhandlung

5.231 Ist die Möglichkeit des Schuld- bzw. des Tatinterlokuts vorzusehen?

Eine Zweiteilung der Hauptverhandlung im vorgeschlagenen Sinne kann in einzelnen Fällen sinnvoll sein.

5.26 Rechtsmittel


5.261 Wie stellen Sie sich zum Grundsatz, dass nach der einheitlichen Strafprozessordnung gegen Urteile die Appellation und gegen richterliche Verfügungen die Beschwerde als Rechtsmittel offenstehen müssen?

Es sollte keine Appellation für alle Strafverfahren geschaffen werden. Die Appellation ist auf wichtige Fälle zu beschränken.

08.06.98

Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz

Der Präsident


Dr. iur. Thomas Hug

Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz

Neuengasse 8
3011 Bern

Hearing der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“ - Stichworte der DJS

Sehr geehrte Damen und Herren

namens der DJS bedanken wir uns für die Einladung zur Teilnahme am Hearing vom 12. Juni 1998 und nehmen zum Fragenkatalog des Bundesamts für Justiz vom 7. April 1998 wie folgt stichwortartig Stellung (wobei wir uns an die Systematik der Ziffern des Fragenkatalogs halten):

1. Allgemeines

1.1 Die DJS begrüßen grundsätzlich die Anstrengungen zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts und das Konzept der Expertenkommission des Bundes. Wir sind ebenfalls der Meinung, dass die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bald realisiert sollte.

1.2 Welche zusätzlichen Themen die nationale StPO u.E. zusätzlich erfassen sollte, werden wir im einzelnen, bei der jeweiligen Themenstellung, bemerken.

1.3 Wir sind erstaunt, dass bis jetzt die Anliegen der Strafverteidigung nicht durch wenigstens einen Sitz in der Expertenkommission repräsentiert wurden.

2. Notwendigkeit der Vereinheitlichung

Für die DJS bilden die Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung und die Rechtssicherheit die Hauptgründe für eine nationale Vereinheitlichung des Strafprozessrechts.

Dennoch ist die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts auf seinen materiellen Gehalt zu beschränken und soll die kantonale Hoheit bezüglich der Kompetenzen der Polizei und der Gerichtsorganisation unter Vorbehalt der Garantie der wichtig-

sten Prinzipien, der Vereinheitlichung der Rechtsmittelwege und der Rechtsmittelfristen nicht unnötig beschneiden.

Ein Rahmengesetz bildet allerdings aus unserer Sicht keine befriedigende Alternative. Vielmehr sollten alle Strafverfahren nach Bundesrecht in einer vereinheitlichten StPO zusammengefasst werden.

3. Gerichtsorganisation

Aus unserer Sicht sollte die nationale StPO nicht weiter in die Hoheit der Kantone eingreifen als notwendig und deshalb in erster Linie die Gleichbehandlung der Parteien des Strafprozesses gewährleisten. Das Bundesgesetz sollte den Kantonen insbesondere bezüglich der Gerichtsorganisation die folgenden sechs Grundsätze vorschreiben:

1. Untersuchungsführung durch einen unabhängigen Untersuchungsrichter;
2. Einführung eines Staatsanwalts mit Parteistellung während des Untersuchungs- und während des Überweisungsverfahrens, welcher die Anklage vor Gericht vertritt;
3. Verpflichtung der Polizei, einen zur Eröffnung bzw. zur Einstellung der Untersuchung zuständigen Justizbeamten zu informieren und zwar ab dem Zeitpunkt, in welchem eine bestimmte Person einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint. Dabei beendet der Entscheid dieses Justizbeamten die selbständigen polizeilichen Ermittlungen.

In diesem Zusammenhang ist für uns nicht massgebend, ob es sich bei diesem Justizbeamten um den Untersuchungsrichter oder um den Staatsanwalt handelt. Vielmehr erscheint es uns notwendig, dass gegen den Einstellungs- bzw. Eröffnungsentscheid dieses Beamten ein Rechtsmittel zur Verfügung gestellt wird.

4. Einführung einer unabhängigen richterlichen Behörde zur Überprüfung der Untersuchungshaft in einem mündlichen und kontradiktorischen Verfahren spätestens nach 8 Tagen nach der Anordnung der Untersuchungshaft durch den untersuchungsführenden Justizbeamten. Für den Fall, dass der Untersuchungsrichter von einem (rechtzeitigen) Haftantrag absieht, ist der Beschuldigte innert dieser Frist freizulassen. Nachdem drei der grössten Kantone in jüngster Zeit ein Haf-

trichteramt geschaffen haben, bezweifeln wir die Realisierungschancen einer national vereinheitlichten StPO ohne Einführung eines Hafttrichters.

5. Einführung einer gerichtlichen Rechtsmittelinstanz zur Überprüfung der wichtigsten Entscheide des Untersuchungsrichters (Beschlagnahme, Rückweisung und Einstellung der Untersuchung) und gegen die Anordnung von Zwangsmassnahmen (wie technische Überwachungsmaßnahmen, V-Mann-Einsatz usw.) gegen Personen, die nicht beschuldigt werden und nur der richterlichen Bewilligung bedürfen.

6. Vereinheitlichung der Rechtsmittewege (Appellation und Rekurs/Beschwerde) sowie der Fristen.

4. Neue strafprozessuale Instrumente

4.1 Opportunitätsprinzip

Die DJS befürworten grundsätzlich die Einführung des Opportunitätsprinzips in beschränkten Rahmen, halten aber eine klarere Formulierung der Voraussetzungen seiner Anwendung für notwendig. So sollte insbesondere als zusätzlicher Einstellungsgrund das fehlende Verfolgungsinteresse des Geschädigten sowie das Fehlen und die Geringfügigkeit des Verschuldens und des Schadens und der Ersatz des Schadens berücksichtigt werden. In diesem letzteren Fall bleibt unseres Erachtens auch Platz für eine sehr eingeschränkte Möglichkeit des „plea bargaining“. Der Beschuldigte ersetzt den Schaden gegen die Einstellung der Untersuchung.

Wir unterstützen den Vorschlag, das Opportunitätsprinzip in jedem Verfahrensstadium, insbesondere auch im gerichtlichen Verfahren für anwendbar zu erklären. In diesem Stadium bedarf es aber der Zustimmung aller Parteien. Den Parteien sollte eine gerichtliche Überprüfung auf Gesuch hin erlaubt sein. Das Einverständnis des Beschuldigten zur Einstellung einer laufenden Untersuchung und/oder bei ihrem Abschluss halten wir für notwendig. Der Beschuldigte kann daran interessiert sein, dass seine Unschuld offiziell festgestellt und anerkannt ist. Im übrigen müssen Kosten- und Entschädigungsfolgen im Fall der Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen geregelt sein.

4.2 Zu einer Kronzeugenregelung

Der Begriff des Kronzeugen erscheint uns systemfremd. Die DJS lehnen jegliche Privilegierung von Zeugen ab. Kronzeugenregelung ab. Die Kollaboration einer an der Untersuchung beteiligten Person mit den Untersuchungsbehörden ist im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.

4.3 Ein nach dem Vorbild der V-Mann-Regeln ausgestalteter Zeugenschutz kann nicht grundsätzlich, sondern nur ganz ausnahmsweise und unter restriktiven Voraussetzungen auf andere Zeugenkategorien übertragen werden.

5. Konzept einer vereinheitlichten StPO

5.1 Allgemeiner Teil

5.11 U.E. sollte der **Anwendungsbereich** alle Verfahrensbereiche des Bundesstrafrechts mit Ausnahme des Jugendstrafrechts umfassen.

5.12 Behörden

Wir befürworten grundsätzlich einen unabhängigen Untersuchungsbeamten, einen Justizbeamten als Partei der Anklage sowie eine unabhängige richterliche Behörde, welche die Anordnung von Zwangsmassnahmen (Untersuchungshaft, technische Überwachungsmassnahmen, V-Mann) bewilligt sowie eine gerichtliche Rekursinstanz zur Überprüfung von wichtigen Entscheiden des Untersuchungsrichters.

5.122 Falls die nationale StPO vorsieht, dass gewisse Untersuchungshandlungen an die Polizei delegierbar sind, muss die Führung und Überwachung der polizeilichen Ermittlungen dem Untersuchungsrichter zustehen. Demgegenüber können die Kantone unter Vorbehalt der Voraussetzungen unter Ziff. 5.21 unten frei bestimmen, welcher Justizbeamte für den Empfang der polizeilichen Informationen bei Beginn der Untersuchung zuständig sein soll.

5.123 Die Kantone müssen den Entscheid selber treffen können, ob der Staatsanwalt von der Exekutive unabhängig zu sein hat.

5.124 Die DJS sind für eine Vereinheitlichung der Rechtsmittelwege, was die Verpflichtung der Kantone nach sich ziehen kann, dass sie ein Obergericht als Ap-

pellationsinstanz einzuführen haben. Ebenso scheint es uns unverzichtbar, dass eine kantonale Rekurs- oder Beschwerdeinstanz zur Überprüfung von Entscheidungen des Untersuchungsrichters (nach einem noch zu definierenden Katalog von Beschwerdegründen) eingeführt wird, welche insbesondere auch die Aufrechterhaltung von Beschlagnahmungen sowie die Rügen von Rechtsverweigerung und -verzögerung prüft.

5.125 Die Beschuldigten müssen Strafbefehle von einer gerichtlichen Instanz überprüfen lassen können.

5.13 Gerichtsstand und Rechtshilfe (Keine Bemerkungen)

5.14 Grundsätze des Verfahrens.

5.141 Wir unterstützen die von der Kommission vorgeschlagenen Prozessmaximen unter folgenden Vorbehalten:

1. Im Hinblick auf das Anklageprinzip kann eine Verurteilung nur aufgrund der in der Anklageschrift festgehaltenen Sachverhalte erfolgen.
2. Das Prinzip der Unveränderbarkeit der Anklage soll die Einstellung einer Untersuchung unter Anwendung des Opportunitätsprinzips nicht verunmöglichen.
3. Dem Grundsatz der kontradiktorischen Untersuchung ist in der vereinheitlichten StPO durchwegs Rechnung zu tragen.

5.142 Wir unterstützen die Kodifikation dieser Prinzipien wegen ihres Schutzcharakters.

5.15 Parteien und andere Verfahrensbeteiligte, Verbeiständung

5.151 Einheitliche Parteibezeichnungen sind zweckmässig und drängen sich auf (vgl. die Bemerkungen des französischsprachigen Delegierten). Den Kantonen kann jedoch überlassen bleiben, die einzelnen Funktionen und deren Zuständigkeiten im einzelnen zu regeln.

5.152 Der Privatkläger soll im Schuldpunkt und im Zivilpunkt auftreten können, nicht aber im Straf- bzw. im Massnahmepunkt.

5.153 Die Regelung der Verteidigung ist ergänzungsbedürftig.

1. Zunächst ist der Grundsatz der freien Verteidigerwahl, inkl. des Rechts des Beschuldigten, eine unbestimmte Anzahl von VerteidigerInnen (auch im Fall amtlicher Verteidigung) bezeichnen zu können, ausdrücklich zu statuieren.

2 Eine klare Unterscheidung zwischen amtlicher Verteidigung (beim Vorliegen der Voraussetzungen der unentgeltlichen Verbeiständung) und notwendiger Verteidigung ist vorzusehen. Aus unserer Sicht geht die vorgesehene Regelung der amtlichen Verteidigung zu wenig weit. Der Beschuldigte soll sich amtlich verteidigen lassen bzw. von der unentgeltlichen Verbeiständung profitieren können, sobald er vom Untersuchungsrichter in Haft versetzt wird. Dieses Recht (inkl. der Bezeichnung einer Verteidigung seiner Wahl) sowie die Rechte, eine Bezugsperson zu benachrichtigen, vom Aussageverweigerungsrecht Gebrauch zu machen, sowie jederzeit ein Haftentlassungsgesuch stellen zu können, sind ihm vom Untersuchungsbeamten protokollarisch zu eröffnen.

In mindestens zwei Kantonen kann der mittellose Beschuldigte schon jetzt den Beistand eines unentgeltlichen Anwalts bei der Inhaftnahme verlangen und zwar unabhängig von der Komplexität und Schwierigkeit des Falles.

Demgegenüber ist notwendige Verteidigung in jedem Fall vorzusehen, wo ein Freiheitsentzug von mindestens sechs Monaten zu erwarten ist, und davon unabhängig, ab dem Zeitpunkt des Haftantrags des Untersuchungsrichters.

Im übrigen halten wir es für möglich, die vom Bundesgericht entwickelte Praxis zu übernehmen.

3. Befindet sich der Beschuldigte in Haft, muss er ausnahmslos ab dem Zeitpunkt, in welchem die Polizei dem Untersuchungsrichter sein Dossier übermittelt, frei und unbeaufsichtigt mit irgendeinem in der Schweiz zugelassenen Anwalt verkehren dürfen (BGE Callot vom 28.2.95, AP 794/94; BGE 119 Ia 505ff.).

5.16 Verfahrensrechte

Nebst unserem Anliegen, dass der Grundsatz der Waffengleichheit ausdrücklich statuiert werden soll, ist die Ausgestaltung der Waffengleichheit zu wenig präzise gefasst.

Unseres Erachtens ist nach dem Standard von Art. 5 Ziff. 4 EMRK die Erstellung eines Haftdossiers (in welches die Parteien ab Beginn der Inhaftnahme Einsicht erhalten und die Grundlagen des Haftentscheids des Untersuchungsrichters enthält) unumgänglich.

Den Parteien ist ausserdem stets Einsicht in alle Einvernahmeprotokolle des Beschuldigten zu gewähren.

Zudem sind die Teilnahmerechte der Verteidigung an den Untersuchungshandlungen zu kodifizieren. Der Verteidigung soll Zutritt zu allen Einvernahmen des Beschuldigten, zu allen Zeugeneinvernahmen (auch von Sachverständigen) und zu Einvernahmen von andern Be- und Entlastungspersonen gewährt werden. Der Opferschutz gemäss Opferhilfegesetz und ein allenfalls zu gewährender Zeugenschutz bleibt vorbehalten.

Im Fall der Delegation von Untersuchungshandlungen an die Polizei sind dieselben Teilnahmerechte bei der Polizei zu gewährleisten. Untersuchungshandlungen, welche unter Verletzung des Teilnahmerechts in Abwesenheit der Verteidigung stattfinden, sind nichtig (vgl. die §§ 14, 15 und 17 Abs. 2 der StPO-ZH). Eine solche Regelung würde möglicherweise als zu weitgehend kritisiert. Sie wird indes gerechtfertigt durch die vorgesehene Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Hauptverfahren vor Gericht.

5.17 Prozesshandlungen: (Keine Bemerkungen).

5.18 Beweismittel

5.182 Das Zeugnisverweigerungsrecht wegen Familienbindungen ist jedenfalls zu wahren. Eine Aussagepflicht, d.h. ein eigentlicher Zeugniszwang ist nicht vorzusehen.

5.19 Zwangsmassnahmen

5.191 Der vorgesehene Katalog von Zwangsmassnahmen ist zutreffend. Die Bezeichnung des zuständigen Beamten zur Anordnung von Zwangsmassnahmen kann den Kantonen überlassen bleiben, sofern die materiellen Voraussetzungen vereinheitlicht werden.

5.192 Die zulässige Höchstdauer der Polizeihaft sollte 24 Stunden nicht überschreiten.

5.193 Dem Beschuldigten soll auf seinen Wunsch unmittelbar nach seiner Inhaftierung, spätestens nach zwei Stunden, Gelegenheit geboten werden, die Verteidigung seiner Wahl zu informieren. Die Verteidigung ihrerseits soll sich mit dem Beschuldigten beraten dürfen, mindestens ab dem Zeitpunkt der Übermittlung des

Dossiers von der Polizei an den Untersuchungsrichter. Die entsprechende Information des Beschuldigten ist protokollarisch festzuhalten.

In fast allen angrenzenden Staaten kann sich der Beschuldigte während der Polizeihaft mit einem Anwalt beraten. Wir sehen nicht ein, aufgrund welchen helvetischen Partikularismus dieses Recht, dessen Verwirklichung notabene auch vom UN-Komitee zur Bekämpfung der Folter, vom UN-Menschenrechtskomitee und vom Europäischen Ausschuss gegen gefordert wird, nicht realisiert werden soll. Das Recht des Anwalts in polizeilichen Räumlichkeiten anwesend zu sein ist dabei nicht mit seiner Teilnahme an Einvernahmen des Beschuldigten durch die Polizei gleichzusetzen, solange diese nicht den Beschuldigten aufgrund einer Delegation des Untersuchungsrichters einvernimmt.

5.194 und 5.195 Es bedarf einer besondern, vom Untersuchungsrichter unabhängigen richterlichen Instanz zur Überprüfung der Untersuchungshaft. Die richterliche Kontrolle hat baldmöglichst zu erfolgen (eine Frist von 30 Tagen wäre zu lang), muss aber dem Untersuchungsrichter die für die Überprüfung und Erwahrung der Haft notwendige Zeit einräumen, sodass er allenfalls eine Haftentlassung vor dem Haftantrag an die richterliche Behörde vornehmen kann.

Wir schlagen deshalb folgende Regeln vor:

- Vom UR angeordnete Untersuchungshaft ist innert 5 (maximal innert 8) Tagen von der richterlichen Behörde zu bestätigen.
- Der Untersuchungsrichter hat die Bestätigung bzw. Verlängerung der U-H bei der richterlichen Behörde genügend früh zu beantragen, sodass ein Entscheid vor Ablauf der Haftfrist möglich ist.
- Vor der richterlichen Behörde ist das Verfahren mündlich und kontradiktorisch. Die Kantone bestimmen, ob das Gesuch vom Untersuchungsrichter oder vom Staatsanwalt begründet wird und ob eine öffentliche Verhandlung durchgeführt wird.
- Die richterliche Behörde kann die U-H höchstens um drei Monate verlängern unter Vorbehalt eines jederzeit möglichen Haftentlassungsgesuchs des Beschuldigten beim Untersuchungsrichter oder bei der richterlichen Behörde, welche darüber innert 3 Tagen entscheiden muss.

- Die Haftfristen sind jedenfalls zu respektieren, auch wenn der Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls eines andern Untersuchungsrichters in einen andern Kanton versetzt wird. Die richterliche Behörde des Kantons, in welchen der beschuldigte versetzt wird, ist für die Verlängerung der Haft zuständig.
- Der Untersuchungsrichter kann den Beschuldigten aus der Haft entlassen. Sein (ablehnender) Entscheid kann bei der richterlichen Behörde angefochten werden. Diese entscheidet in ihrer nächstmöglichen Sitzung. Sie kann den Beschuldigten entlassen, selbst wenn dieser einem andern Kanton zugeführt wird.

5.196 Gegen die Überwachung von Bankkonten haben die DJS nichts einzuwenden.

5.197 Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte ist bezüglich der materiellen Voraussetzungen bundesrechtlich einheitlich zu regeln, indessen bedarf es keiner einheitlichen Kompetenznorm.

Die Anordnung von Zwangsmassnahmen gegenüber nicht beschuldigten Dritten wie z.B. die Telefonkontrolle sind durch die richterliche Behörde zu bestätigen.

5.2 Besondere Bestimmungen

5.21 Polizeiliche Ermittlungen

Die Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Ermittlungshandlungen der Polizei muss klarer geregelt werden. Spätestens ab der Feststellung eines hinreichenden Tatverdachts der Begehung eines Vergehens oder Verbrechens durch eine bestimmte Person ist der kantonale Untersuchungsrichter durch die Polizei zu informieren. Damit sind ihre selbständigen Ermittlungen beendet. Der Untersuchungsrichter hat über die Eröffnung des Verfahrens oder über die Einstellung zu verfügen.

5.214 Die Delegation von (allgemeinen und spezifischen) Ermittlungshandlungen an die Polizei ist nur unter der Wahrung der Teilnahmerechte der Verteidigung zu erlauben.

5.215 Generelle Ermittlungsaufträge des UR an die Polizei sind statthaft, sofern die Polizei keine Zwangsmassnahmen in eigener Regie vornehmen darf.

5.22 Richterliche Untersuchung

Die richterliche Untersuchung ist den Kantonen vorzuschreiben, wobei ihnen ein grösserer Kompetenz- und Organisationsspielraum zu belassen ist, als ihn der Expertenentwurf vorsieht. So soll es ihnen z.B. überlassen bleiben, die zuständige Behörde für die Eröffnung, der Einstellung bzw. Überweisung selbst zu bezeichnen und diese Kompetenzen je nachdem dem Untersuchungsrichter oder dem Staatsanwalt zu übertragen, sofern diese Entscheid mit Rekurs an eine richterliche Behörde anfechtbar sind.

Der Abschluss der Untersuchung ist im Sinne von Ziff. 5.222.6 auszugestalten.

In Fällen schwerer Kriminalität scheint es uns gerechtfertigt, dass die Überweisung einer Anklagekammer übertragen wird, die aufgrund einer Anklageschrift entscheidet. Dabei erscheint es uns nicht entscheidend, ob diese vom Untersuchungsrichter oder vom Staatsanwalt verfasst wird.

5.23 Hauptverfahren

5.231 Schuld- und Tatinterlokut sind vorzusehen.

5.232 Sofern die Teilnahmerechte sowie ein Verwertungsverbot wie skizziert statuiert werden, ist das beschränkte Unmittelbarkeitsprinzip bei der Beweisaufnahme wohl kaum abzuwenden.

5.233 Auf Motivierung des Urteils kann in weniger gravierenden Fällen dann verzichtet werden, wenn die Parteien eine Begründung verlangen können.

5.233.3 Die in dieser Ziffer vorgesehene Ausdehnung des Verfahrens auf Straftaten, welche nicht Gegenstand der Überweisungsverfügung sind, wird von den DJS abgelehnt. Dadurch würde das Akkusationsprinzip unterlaufen.

Weitere Bemerkungen: Wie sich die Gerichte (Einzelrichter oder Kollegialgericht; Einsatz von Laien bzw. von Geschworenen) zusammensetzen werden, soll in die Entscheidkompetenz der Kantone fallen. Sie sollen ebenfalls selber bestimmen, ob der Gerichtsschreiber beratende Stimme hat oder nicht und ob die Fragen an

die Zeugen bzw. Experten direkt durch die Parteien oder über den Gerichtsvorsitzenden gestellt werden müssen.

5.24 Zivilklage (Keine Bemerkungen)

5.25 Besondere Verfahren (Keine Bemerkungen)

5.26 Rechtsmittel

Der Rechtsmittelweg ist national zu vereinheitlichen. Die Appellation soll gegenüber allen Urteilen offenstehen. Dies scheint uns jedoch nicht gerade einfach, insbesondere dann, wenn die obere kantonale Instanz ausnahmslos und mit voller Kognition (z.B. auch gegenüber Geschworenengerichten) eingeführt werden soll. Aus diesem Grund sollten die Kantone die Kompetenz erhalten, regionale Appellationsgerichte auf dem Weg von Konkordaten einzuführen, welchen die Beurteilung von Appellationen gegen obere kantonale Instanzen obliegt.

Die Beschwerdemöglichkeit gegen richterliche Verfügungen ist in jedem Fall zu gewährleisten.

5.27 Kosten und Entschädigung

5.271 Die Kantone müssen die Möglichkeit ausschliessen können, dass dem Betroffenen bei Einstellung oder Freispruch die Kosten auferlegt werden können.

5.272 Wir begrüssen, dass ein förmliches Recht der Entschädigung zugunsten zu Unrecht Verfolgter und Verurteilter statuiert werden soll. Die Ungleichbehandlung, welche nach dem geltenden Recht vorkommt, erscheint unannehmbar. Insbesondere sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Teilfreispruch besonders zu regeln, wobei die Kosten, die aus den eingestellten bzw. freigesprochenen Delikten resultieren, auf die Staatskasse zu nehmen sind.

Schliesslich ist eine Entschädigung vorzusehen für den Fall, dass die ausgestandene U-H länger als die ausgefallte Strafe ist.

5.28 Rechtskraft und Vollstreckung (Keine Bemerkungen)

Zürich, den 8. Juni 1998/Peter Frei, Rechtsanwalt, Zürich

Juristes Démocrates de Suisse

Neuengasse 8
3011 Berne

**Avis sur le Rapport de la commission d'experts
"Unification de la procédure pénale"**

Hearing du 12 Juin 1998

1. GENERALITES

- 1.1. Les JDS saluent les efforts en vue d'unifier le droit de procédure pénale et le concept de base de la Commission fédérale d'experts. Nous estimons nous aussi que l'unification du droit de procédure pénale doit être réalisée rapidement.
- 1.2. Nous aborderons ci-dessous dans le détail sous les rubriques correspondantes les autres thèmes qui devraient, à notre avis, être traités dans un Code de procédure pénal fédéral unifié.
- 1.3. Nous sommes étonnés et regrettons que la position de la défense n'ait pas été représentée au sein de la Commission d'experts par au moins un avocat pratiquant la défense pénale.

2. NECESSITÉ DE L'UNIFICATION

L'égalité de traitement des justiciables dans les cantons suisses et la sécurité du droit constituent pour nous les raisons principales qui militent en faveur d'une unification du droit de procédure pénale.

L'unification du droit de procédure pénale doit toutefois se limiter, pour l'essentiel, au contenu matériel de ce droit et maintenir la souveraineté cantonale en matière de compétences de la police et d'organisation judiciaire, sous réserve du respect de certains principes fondamentaux, de l'unification des voies de recours et d'appel et de celle des délais de recours.

Une simple loi-cadre ne nous apparaîtrait toutefois pas une alternative appropriée.

3. ORGANISATION JUDICIAIRE

Les empiétements du législateur fédéral sur la souveraineté cantonale en matière d'organisation judiciaire ne devraient pas aller au-delà de ce qui est

absolument nécessaire pour sauvegarder l'égalité de traitement des parties et la sécurité juridique. La loi unifiée devrait imposer aux cantons en matière d'organisation judiciaire particulièrement le respect des six principes suivants:

Juge d'instruction indépendant

1. conduite de l'information pénale préparatoire par un juge d'instruction indépendant.

Ministère public

2. création d'un ministère public qui a qualité de partie à la procédure et qui soutient l'accusation.

Déclenchement de la procédure

3. obligation de la police, dès qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner une personne déterminée d'avoir commis un délit ou un crime, d'en informer un magistrat habilité à ordonner l'ouverture d'une information pénale préparatoire ou de classer la procédure, la décision de ce magistrat mettant fin à l'autonomie des investigations policières. Il nous paraît toutefois sans importance que ces fonctions soient attribuées au juge d'instruction ou au ministère public, l'essentiel étant qu'un recours puisse être formé contre les décisions du magistrat de classer la procédure ou d'ordonner le renvoi du prévenu en jugement.

Juge de la détention ("Haftrichter")

4. création d'une autorité judiciaire de contrôle de la détention préventive qui doit obligatoirement contrôler le bien-fondé de celle-ci au cours d'une procédure contradictoire et orale dans un délai maximum de huit jours après la mise en détention préventive ordonnée par le magistrat instructeur. Si le magistrat renonce à requérir le contrôle judiciaire, le prévenu doit être relaxé. Trois des plus grands cantons viennent d'inscrire le "juge de la détention" dans leur code de procédure pénale lors de révisions récentes (BE, BS, ZH). Nous doutons qu'un code unifié qui ignore cette évolution puisse avoir une chance d'être adopté.

Autorité judiciaire de recours

5. création d'une autorité judiciaire de recours contre les décisions importantes du juge d'instruction (saisies, ordonnances de renvoi, classement etc) et de contrôle des mesures de contrainte importantes, telles les mesures techniques de surveillance, l'engagement d'agents infiltrés, etc. contre des personnes non inculpées, qui ne peuvent être ordonnées qu'avec l'approbation d'une autorité judiciaire.

Voies d'appel et de recours

6. Unification des voies d'appel et de recours et des délais.

- 3.2. Il ne nous semble pas nécessaire d'imposer aux cantons un modèle de poursuite pénale, tant que leur modèle respecte les principes sus-mentionnés.

4. NOUVEAUX INSTRUMENTS DE PROCÉDURE

4.1. Principe de l'opportunité des poursuites

Les JDS sont favorables au principe de l'opportunité limitée de la poursuite mais estimons que ses conditions d'application devraient être formulées avec plus de précision. Il y aurait notamment lieu de prévoir spécifiquement, comme autre motif de classement, le désintérêt de la partie plaignante, l'absence ou le peu d'importance de la faute ou d'un dommage et la réparation de celui-ci. Dans cette dernière hypothèse nous voyons un cas d'application limité du "plea bargaining" dans le sens: vous réparez le dommage et nous classons la procédure.

Nous approuvons également l'idée que le classement en opportunité puisse intervenir à tous les stades de la procédure, même devant l'autorité du jugement. A ce stade, le classement ne doit toutefois pouvoir intervenir qu'avec l'accord de toutes les parties. Celle-ci doivent pouvoir recourir à une autorité judiciaire contre les décisions de classement en opportunité prises avant le renvoi. L'accord du prévenu nous semble indispensable pour classer une procédure au cours ou à l'issue d'une information pénale. Le prévenu peut en effet avoir intérêt à ce que son innocence soit officiellement reconnue. Il y a également lieu de régler les effets d'une décision de classement par opportunité sur les frais et le droit à l'indemnisation.

4.2. Témoin privilégié

Le terme "témoin de la couronne" nous semble inadéquat. Nous sommes contre l'institution d'une catégorie de témoins privilégiés, quelle qu'elle soit. La collaboration d'une partie à l'instruction peut toujours être prise en compte dans le cadre de la fixation de la peine (art. 63 CPS).

4.3. Protection des témoins

Nous estimons que la réglementation de la protection des agents infiltrés proposée par la commission d'experts ne peut être étendue aux autres catégories de témoins qu'à titre tout-à-fait exceptionnel et à des conditions restrictives.

5. CANEVAS D'UN CODE DE PROCEDURE PENALE UNIFIE

5.11. Champ d'application

Nous estimons que le code de procédure pénale unifié devrait régler dès le départ toutes les procédures pénales fondées sur le droit fédéral à l'exception du droit des mineurs.

5.12. Autorités

Nous préconisons un magistrat d'instruction indépendant, un ministère public partie à la procédure qui soutient l'accusation, une autorité judiciaire indépendante pour autoriser des mesures de contrainte telles les mesures techniques de surveillance, la mise en oeuvre d'agents infiltrés et la détention préventive ("Juge de la détention") et une autorité de recours judiciaire contre les décisions importantes du juge d'instruction.

5.122. Si le code de procédure pénale unifié prévoit la possibilité de déléguer certains actes d'instruction à la police, la direction et la surveillance de l'activité de la police dans le cadre de l'enquête doit être confiée au juge d'instruction. Au demeurant, les cantons devraient pouvoir désigner librement le magistrat habilité à recevoir de la police les informations relatives au déclenchement de la procédure pénale aux conditions mentionnées ci-dessous sous ch. 5.21.

5.123. Les cantons doivent être libres de décider si le ministère public est indépendant de l'exécutif ou non.

5.124. Les JDS estiment que les voies d'appel doivent être unifiées, ce qui peut entraîner l'obligation d'introduire un tribunal supérieur comme instance d'appel. Il nous paraît également indispensable de prévoir une instance judiciaire de recours contre certaines décisions du juge d'instruction, en particulier contre les décisions de saisies conservatoires, le déni de justice, etc. selon un catalogue à établir.

5.125. Les prévenus doivent pouvoir contester les contraventions devant une autorité judiciaire indépendante.

5.13. For / L. entraide judiciaire : (pas de remarques)

5.14. Principes généraux régissant la procédure

5.141. Nous approuvons les maximes proposées par la commission sous trois réserves :

1. en vertu du principe accusatoire, une condamnation ne doit pouvoir être prononcée que sur la base des faits retenus dans l'acte d'accusation
2. le Principe d'immutabilité ou d'indisponibilité n'empêche évidemment pas le classement d'une procédure en opportunité
3. un code de procédure pénale unifié doit être régi par le principe de l'instruction contradictoire

5.142. Nous approuvons ces principes en matière de protection des données.

5.151. Une désignation unifiée des parties s'impose. En français, nous préférons la désignation "**partie civile**" à celle de "partie plaignante". A plusieurs reprises le rapport en français désigne comme "prévenu" l'auteur présumé d'une infraction ou l'auteur présumé coupable. Nous souhaitons qu'à l'avenir il ne soit pas fait usage de ces termes qui sont en contradiction avec le principe de la présomption d'innocence. Le "prévenu" devrait être défini comme "l'auteur soupçonné d'une infraction".

5.152. La partie civile doit être admise à formuler des conclusions au civil et au pénal sur le seul verdict de culpabilité. Elle ne doit pas être admise à se prononcer sur la peine ou la mesure.

5.153. Réglementation de la défense du prévenu

La réglementation esquissée par la commission appelle plusieurs critiques:

1. le libre choix de l'avocat doit être garanti sans aucune restriction aussi quant au nombre de défenseurs. Ceux-ci doivent pouvoir être choisis parmi les professeurs et avocats autorisés à pratiquer en Suisse. Ce droit doit également être garanti au justiciable plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire.
2. Il y a lieu de faire une nette distinction entre la défense d'office (en cas d'assistance judiciaire) et la défense obligatoire. Nous estimons que la réglementation proposée pour l'avocat d'office ne va pas assez loin. Un prévenu doit pouvoir se faire assister d'un avocat d'office.

respectivement bénéficier de l'assistance judiciaire qui prend en charge les frais d'avocat, dès qu'il est placé en détention préventive par le juge d'instruction, ce qui implique l'obligation pour le juge d'instruction d'informer le prévenu de son droit de solliciter le bénéfice de l'assistance judiciaire (y compris la désignation d'un avocat d'office), en même temps qu'il l'informe de son droit d'avertir un proche, de ne pas faire de déclaration et de solliciter en tout temps sa liberté provisoire. Dans au moins deux cantons (Tessin et Genève), le prévenu a d'ores et déjà le droit d'obtenir l'assistance gratuite d'un avocat dès sa mise en détention préventive, indépendamment de la complexité ou de la difficulté de l'affaire, s'il est indigent. Quant à la défense obligatoire, elle doit être imposée en tous cas lorsque la peine prévue est égale ou supérieure à 6 mois de privation de liberté et, indépendamment de la peine envisagée, dès le jour où le juge d'instruction sollicite le contrôle judiciaire de la détention. Pour le surplus les DJS estiment possible de se référer aux conditions fixées par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

3. Le prévenu, privé de liberté, doit pouvoir conférer librement et sans surveillance avec un avocat, dès que son dossier est transmis, par la police, au juge d'instruction. Ce droit ne saurait souffrir aucune exception. Nous proposons donc d'adopter la pratique que vient d'adopter le parlement genevois en la matière (après 24 h de garde-à-vue). Ce droit n'est pas réservé aux seuls contacts avec un défenseur constitué. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral il doit s'appliquer en relation avec tout avocat autorisé à pratiquer en Suisse (ATF Callot du 28.2.1995 dans la cause A.P. 749/1994 et ATF 119 I a 505ss)

5.16. Les droits des parties en procédure

Nous estimons que la façon dont l'égalité des armes entre parties est conçue par la commission d'experts manque de précision.

S'agissant de la **consultation des dossiers**, l'art. 5. chiffre 4 CEDH implique à notre avis, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, la constitution d'un **dossier de détention** qui doit pouvoir être consulté par les parties dès le premier jour de la détention et qui doit contenir les pièces sur lesquelles le juge de la détention fondera sa décision. Les parties doivent également avoir accès en tous temps aux procès-verbaux d'audition de leurs propres clients et pouvoir consulter, avant toute audition de témoins, les déclarations faites par ceux-ci précédemment. Enfin aucune restriction ne peut plus être apportée à la consultation du dossier dès l'avis de prochaine clôture.

S'agissant du droit de **participer à l'instruction** (principe de l'instruction

contradictoire), le code de procédure pénale unifié doit contenir impérativement les dispositions suivantes :

- les avocats sont autorisés, sans restrictions, à assister aux auditions de leur client.
- le prévenu et son défenseur sont autorisés à assister à l'audition de tout témoin, expert ou personne entendue à titre de renseignements, sous la seule réserve des droits à la protection des témoins et des droits de la victime découlant de l'application la LAVI.
- ces droits doivent être garantis aussi bien devant le juge d'instruction qu'en cas de délégation des actes d'instruction à la police, comme le prévoient les nouveaux codes de procédure de Berne et de Bâle-Ville.
- toute preuve à charge obtenue en violation de ces principes est frappée de nullité (cf art. 14, 15 et 17 al. 2 CPP ZH).

Plusieurs cantons estimeront sans doute qu'une telle réglementation va trop loin. Elle se justifie toutefois au regard de la limitation du principe de l'immédiateté au cours des débats principaux.

5.17. Les actes de procédure (pas de remarques)

5.18. Les moyens de preuve

5.182. L'intérêt à la poursuite d'une infraction doit toujours céder le pas devant le droit de refuser de témoigner. Une entorse à ce droit nous paraît inadmissible. De toute manière, l'on ne voit pas comment on pourrait imposer à quelqu'un l'obligation de témoigner contre ses proches.

5.19. Les mesures de contrainte

5.191. Nous estimons que le code de procédure pénale unifié doit réglementer les **conditions matérielles** des mesures de contrainte et laisser aux cantons le choix des autorités compétentes. Ainsi il nous paraît, par exemple, inadmissible d'imposer aux cantons l'obligation d'autoriser la police à appréhender un suspect sans mandat, en dérogation d'un article constitutionnel cantonal comme l'art. 12 de la constitution genevoise qui exige impérativement qu'un mandat d'amener soit décerné par un officier de police pour arrêter une personne suspectée d'avoir commis un crime ou un délit en dehors du flagrant délit. Il appartient aux cantons de déterminer quelles autorités sont habilitées à décerner un mandat et à opérer des arrestations sur leur territoire.

5.192. Le délai de garde à vue de 24 heures nous paraît adéquat. Il correspond à la pratique de la majorité des cantons.

- 5.193. Le prévenu arrêté doit pouvoir aviser immédiatement un avocat de son choix et celui-ci doit pouvoir conférer avec son client au plus tard dès la deuxième heure de son arrestation, mais en tous cas lorsque la police transmet le dossier au juge d'instruction. La personne gardée à vue doit être informée de ce droit avec mention au procès-verbal de l'heure à laquelle l'avocat a été avisé.

Dans la majorité des pays qui nous entourent, le prévenu est autorisé à conférer avec un avocat au cours de sa garde-à-vue à la police. Nous ne voyons pas au nom de quel particularisme helvétique ce droit ne devrait pas s'appliquer en Suisse dès lors qu'il est préconisé aussi bien par le Comité chargé de veiller au respect de la convention de Nations Unies contre la torture que par le Comité européen de prévention de la torture et le Comité des droits de l'homme de l'ONU. La présence de l'avocat dans les locaux de la police n'entraîne pas le droit d'assister aux interrogatoires de police, tant que ceux-ci n'interviennent pas sur délégation du juge d'instruction.

5.194 et 5.195: Contrôle judiciaire de la détention préventive

Nous préconisons la création d'une autorité judiciaire de contrôle de la détention préventive ("Haftrichter" ou "Juge de la détention"), indépendante du juge d'instruction. Le contrôle judiciaire doit intervenir le plus tôt possible (un délai de 30 jours est excessif) mais laisser au juge d'instruction le temps de procéder à des vérifications qui lui permettront, cas échéant, de remettre le prévenu en liberté avant de devoir saisir l'autorité judiciaire. Nous préconisons dès lors l'instauration de règles suivantes :

- la détention préventive ordonnée par le juge d'instruction doit être approuvée par l'autorité judiciaire si le juge souhaite la prolonger au-delà de 5 jours (max. au-delà de 8 jours).
- il appartient au juge d'instruction de solliciter la prolongation de la détention suffisamment tôt pour permettre à l'autorité judiciaire de se prononcer avant l'expiration de ce délai.
- la procédure devant l'autorité judiciaire est contradictoire et orale. Il appartient aux cantons de déterminer qui, du juge d'instruction ou du ministère public, soutient la requête et si l'audience est publique ou se tient à huis-clos.
- l'autorité judiciaire peut prolonger la détention de 3 mois au maximum, sous réserve du droit du prévenu de solliciter en tous temps sa mise en liberté provisoire, à son choix, soit auprès du juge d'instruction, soit

auprès de l'autorité judiciaire, qui doivent statuer dans les 3 jours.

- les délais indiqués, durant lesquels la détention est autorisée, doivent être respectés même si le prévenu est transféré dans un autre canton en vertu d'un mandat d'arrêt émanant d'un autre juge. L'autorité judiciaire du canton dans lequel le prévenu est transféré est compétente pour autoriser la prolongation de la détention.
- le juge d'instruction est compétent pour remettre un prévenu en liberté. Sa décision peut faire l'objet d'un recours à l'autorité judiciaire qui doit statuer dans sa plus prochaine audience. L'autorité de recours saisie reste compétente pour ordonner la mise en liberté du prévenu même si celui-ci est transféré dans un autre canton.

5.196. Les JDS n'ont rien à redire à la surveillance de comptes bancaires.

5.197. Les conditions matérielles de la mise en oeuvre d'appareils techniques de surveillance doivent être réglées dans le code de procédure pénale fédéral de manière uniforme, les cantons réglant la compétence. Nous estimons toutefois que des mesures de contrainte à l'encontre de personnes non inculpées, comme p.ex. la surveillance téléphonique, doivent être approuvées par une autorité judiciaire.

5.21. La phase policière

La distinction faite par la commission d'experts entre les investigations indépendantes de la police et les opérations effectuées sur délégation est juste dans son principe, mais doit être précisée quant à son application. Dès qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner une personne donnée d'être l'auteur d'un crime ou délit, la police doit en informer le magistrat désigné par le canton et cesser ses investigations indépendantes. Il appartiendra à ce magistrat de décider de l'opportunité d'ouvrir une information pénale ou de classer la procédure.

5.214. Le juge d'instruction doit pouvoir déléguer à la police l'interrogatoire du prévenu et lui adresser des commissions rogatoires générales à condition que les droits des parties à participer à la procédure soient sauvegardés.

5.215. Les commissions rogatoires générales ne doivent pas pouvoir déboucher sur des mesures de contrainte telles que perquisitions et saisies, dont la compétence doit incomber au seul juge d'instruction chargé de l'enquête.

5.22. L'instruction

Les JDS approuvent, de façon générale, le déroulement et les modalités de l'instruction tels qu'esquissés par la commission. Les cantons doivent toutefois disposer d'une plus grande compétence dans l'organisation de leurs autorités que ne le prévoit le Rapport. Ainsi il leur appartient par exemple de décider si le déclenchement de l'instruction, le classement ou le renvoi en jugement doivent être ordonnés par un juge d'instruction ou le ministère public, l'essentiel étant de garantir aux parties une voie de recours contre ces décisions à une autorité judiciaire.

La clôture de l'instruction doit être régie dans le sens du chiffre 5.222.6 du Rapport.

Il nous paraît également judicieux, qu'en cas d'infraction grave, le renvoi d'un prévenu devant une autorité judiciaire supérieure (par ex. Cour d'assises ou Tribunal cantonal) puisse être décidé par la Chambre d'accusation, selon un acte d'accusation rédigé soit par le juge d'instruction, soit par le Ministère public.

5.23. Les débats

5.231. Nous sommes favorables à la possibilité de séparer les débats en deux parties.

5.232. Nous sommes favorables au principe de l'immédiateté limitée à condition que les parties soient autorisées à participer à la procédure, sous peine de nullité des preuves à charge, comme esquissé ci-dessus.

5.233. Il doit pouvoir être renoncé à la motivation du jugement si les parties sont autorisées à obtenir une motivation sur requête.

5.233.3 : Nous sommes opposés à l'extension de la poursuite pénale à des faits qui n'étaient pas visés par la décision de renvoi. Une telle entorse au principe accusatoire priverait le prévenu des droits qui lui sont conférés durant l'instruction.

Autres remarques quant aux débats: nous estimons que la composition des tribunaux (par ex. Juge unique avec ou sans assesseurs, jury populaire etc.) incombe aux cantons. Il leur appartient également de déterminer si le greffier doit avoir voix consultative et si les questions aux témoins peuvent être posées directement par les parties ou seulement par le président.

5.24. L'action civile (pas de remarques)

5.25. Les procédures spéciales (pas de remarques)

5.26. Les voies de recours

Les voies de recours doivent être unifiées. Il nous semble toutefois difficile d'imposer aux cantons la création d'une voie d'appel à une autorité ayant toujours, et sans exception, plein pouvoir de cognition notamment au regard de l'institution du jury (A Genève: Cour d'assises, Cour correctionnelle). Les cantons doivent aussi pouvoir constituer, par voie de concordat, des tribunaux d'appel interrégionaux, appelés à statuer sur les appels formés contre les jugements rendus par les tribunaux supérieurs.

5.27. Les frais et indemnités

5.271. Les cantons doivent pouvoir exclure la possibilité de condamner un prévenu aux frais en cas de non-lieu et d'acquiescement et de maintenir leur législation actuelle en la matière (par ex. Genève).

5.272. Nous sommes favorables à un véritable droit à l'indemnisation en faveur des personnes poursuivies ou condamnées à tort. L'indemnisation doit être élargie à toute personne ayant subi une détention préventive plus longue que la peine infligée ou bénéficiant d'un non-lieu ou d'un acquiescement partiel, pour les frais engagés en relation avec l'infraction pour laquelle le prévenu est acquitté ou mis au bénéfice d'un non-lieu.

5.28. Force de chose jugée et exécution (pas de remarques)

Genève, le 9 juin 1998 /Jean-Pierre Garbade, avocat, Genève



Hearing zum Bericht «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts»

1. Allgemeine Überlegungen

- 1.1. Die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts in der Schweiz ist sinnvoll. Die erhoffte Effizienzsteigerung im Bereich der Strafverfolgung wird sich dadurch allerdings im Rahmen halten.
- 1.2. Eines der Ziele, welches durch die Vereinheitlichung des Strafprozesses erreicht werden soll, besteht darin, auf den die Kantons- und Landesgrenzen überschreitenden Charakter der Kriminalitätsformen zu reagieren. M.E. sollte bei dieser Zielsetzung nicht nur die bestehende Rechtslage in den Kantonen (so beispielsweise bei der Wahl des Strafverfolgungsmodells), sondern auch das ausländische Strafverfahrensrecht in die Reformüberlegungen miteinbezogen werden. Insbesondere ist dem im Entstehen begriffenen europäischen Strafprozessrecht Rechnung zu tragen.
- 1.3. Bei der Evaluation des Strafverfolgungsmodells, einem zentralen Punkt des Konzepts, ist u.a. offensichtlich die Zahl der Kantone, welche ein bestimmtes System praktizieren, und das aus der Sicht der Kommission politisch Machbare (mit) ausschlaggebend gewesen (Konzept, S. 35). Ganz allgemein sollte m.E. versucht werden, das theoretisch beste Modell auszuarbeiten und dieses - sofern erwünscht - dem möglicherweise am mehrheitsfähigsten System gegenüberzustellen.
- 1.4. Die Strafverfolgungstätigkeit ist häufig nur schwer von der Prävention zu trennen. In verschiedenen Kantonen sind in zunehmendem Masse Bestimmungen in die StPO aufgenommen worden, welche teilweise oder ausschliesslich im Dienste der Prävention stehen (z.B. Haftgrund der Ausführungs- und Wiederholungsfahr, einzelne Bestimmungen im Zusammenhang mit der Überwachung). Im weiteren werden Regelungen diskutiert (und verworfen), die zumindest auch mit präventiver Zielsetzung umgesetzt werden können, so beispielsweise die Kronzeugenregelung. Über die Trennung

zwischen repressiver und präventiver Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Schutz von strafrechtlich erfassten Rechtsgütern finden sich im Konzept nur selten Anhaltspunkte (z.B. hinsichtlich der Anwendung des Opportunitätsprinzips). Die wesentlichen Prinzipien, nach denen diese Trennung vollzogen wird, sollten im Konzept aufgezeigt werden (Regelung der Konfliktpunkte). Im übrigen läge es im Interesse der Kantone, wenn sie klar erkennen könnten, in welchen Bereichen in ihrer Polizeigesetzgebung ein Reformbedarf besteht.

- 1.5. Nur am Rande sei vermerkt, dass im Konzept im Zusammenhang mit dem Konventionsrecht zwar von der EMRK, nicht aber vom IPBPR die Rede ist, welcher wie jene zum innerstaatlichen Recht gehört. Es scheint im übrigen, dass die Praxis zum Konventionsrecht noch vermehrt in die Überlegungen hätte miteinbezogen werden müssen (z.B. bei der Regelung der Verteidigung).

2. Strafverfolgungsmodell

- 2.1. Das Untersuchungsrichtermodell I hat sicherlich gewisse Vorteile in kleinen Kantonen und bei übersichtlichen Verhältnissen. M.E. eignet es sich jedoch gerade in den Fallkonstellationen, mit denen der Reformbedarf begründet wird, nicht besonders gut. Im Bereich der grenzüberschreitenden Kriminalität und in anderen komplizierten Fällen sollte die Strafverfolgung im Team von Untersuchungsorganen, welche über Spezialwissen verfügen, erfolgen können. Dazu eignet sich das Konzept vom Untersuchungsrichter als «Einzelkämpfer» mit richterlicher Unabhängigkeit kaum bzw. jedenfalls nur sehr beschränkt.
- 2.2. Beim bevorzugten Untersuchungsrichtermodell I wird im Konzept die richterliche Unabhängigkeit in den Vordergrund gestellt, der Untersuchungsrichter wird als «Richter» bezeichnet. Als solcher könnte ein Beamter mit richterlicher Funktion (i.S.v. Art. 5 Ziff. 3 EMRK, Art. 9 Ziff. 3 IPBPR) nicht erachtet werden. Wenn als Untersuchungsrichter tatsächlich ein Richter eingesetzt werden soll, muss bezweifelt werden, ob ein solcher Richter über die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 IPBPR und Art. 58 Abs. 1 BV verlangte Unabhängigkeit verfügt. Kaum realisierbar wäre die Einsetzung eines Untersuchungsrichterteams, bei dem Spezialwissen zum Einsatz gebracht und arbeitsteilig vorgegangen werden soll. Auch sonst besteht in jeder Untersuchung die Gefahr, dass das Untersuchungsorgan allein aufgrund seiner Untersuchungstätigkeit - immerhin steht zu Beginn der Untersuchung nicht selten die Suche nach belastenden Umständen im Vordergrund (z.B. beim Entscheid über die Untersuchungshaft) - wegen des Anscheins der Befangenheit abgelehnt wird (Art. 58 Abs. 1 BV). Zum andern lässt sich der Übergang zur Anklage kaum befriedigend regeln. Der

Umstand, dass der Untersuchungsrichter selbst über Einstellung oder Überweisung und damit faktisch entscheidet, ob Anklage erhoben werden soll oder nicht, erscheint mit Blick auf seine richterliche Unabhängigkeit im allgemeinen, speziell jedoch für den diesem Entscheid vorausgehenden Verfahrensabschnitt, problematisch.

- 2.3. Das heute in den meisten Kantonen geltende Untersuchungsrichtermodell führt in der Praxis teilweise dazu, dass sich zuerst die Angehörigen der Kriminalpolizei, anschliessend der Untersuchungsrichter (häufig zusammen mit Angehörigen der Kriminalpolizei) und sodann der Sachrichter mit der Abklärung des Sachverhalts befassen. Eine derartige Regelung ist nicht überaus effizient. Gerade deshalb, weil praktisch sämtliche Strafverfahren diese Stufe durchlaufen, wäre ein Abbau von Doppelspurigkeiten besonders erwünscht. Auf diese Weise könnten die vorhandenen Strafverfolgungskompetenzen optimaler genutzt werden. Eine Vereinfachung im dargelegten Sinne könnte beispielsweise erreicht werden, indem die Pflicht zur Abklärung des Sachverhalts ausschliesslich der Kriminalpolizei übertragen würde, wobei ein Richter Zwangsmassnahmen anzuordnen hätte. Im Hauptverfahren vor Gericht wären die Beweise abzunehmen. Um die Angehörigen der Polizei für diese Aufgabe (insbesondere zum Verkehr mit dem Verteidiger) zu befähigen, müssten diese möglicherweise zusätzlich ausgebildet werden (denkbar wäre dies z.B. im Rahmen einer Fachhochschulausbildung).
- 2.4. Das vorgeschlagene Untersuchungsrichtermodell führt zu einer problematischen Aufteilung der Verantwortung für die Richtigkeit des dem Urteil zugrundezulegenden Sachverhalts. Obschon ausschliesslich der Sachrichter für die Richtigkeit des Urteils verantwortlich sein kann, gesteht man diesem von Gesetzes wegen zu bzw. hält ihn mit Blick auf die Geschäftslast letztlich faktisch dazu an, auf die Prozessordnungskonformität des Verhaltens des Untersuchungsrichters zu vertrauen sowie auf die Einschätzung von Beweismitteln durch diesen (z.B. Glaubwürdigkeit von Angeschuldigten, Zeugen etc.) abzustellen und aufgrund eines beschränkt unmittelbaren, d.h. in der Praxis häufig aufgrund eines mittelbaren Verfahrens, mithin also häufig aufgrund eines Aktenprozesses, zu entscheiden.
- 2.5. Das vorgeschlagene Untersuchungsrichtermodell widerspricht den Grundprinzipien der EMRK wie auch des IPBPR, wonach die Beweise grundsätzlich vom Sachrichter (und nicht im Untersuchungsverfahren zuhanden des Sachrichters) abgenommen werden. Gerade im Gegensatz zu diesen Grundideen zielt das Konzept auf eine «Lockerung des Unmittelbarkeitsprinzips» (Konzept, S. 38). Daraus resultiert die Gefahr, dass die Funktion des Sachrichters letztlich darin besteht, die Untersuchungsergebnisse des Untersuchungsrichters zu bestätigen.
- 2.6. Ist der Untersuchungsrichter nach dem vorgeschlagenen Modell Beamter mit richterli-

cher Funktion, so ist er zwar zur Anordnung der Verhaftung zuständig, nicht aber zur Prüfung von Haftentlassungsgesuchen (Art. 5 Ziff. 4 EMRK, Art. 9 Ziff. 4 IPBPR). Entsprechend müsste das Haftrichtersystem eingeführt bzw. beibehalten werden.

3. Weitere Bemerkungen

- 3.1. Was die Ausnahmen vom Verfolgungszwang betrifft, so kann im Prinzip den Ausführungen gefolgt werden, da sie sehr allgemeiner Natur sind. Die Detailregelung wird die eigentlichen Probleme zutage treten lassen (z.B. Umschreibung der Voraussetzungen für die Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen).
- 3.2. Die Frage des Zeugenschutzes bei Mitbeschuldigten darf nicht mit dem Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht des Angeeschuldigten erledigt werden. Häufig wird nämlich der geständige Angeeschuldigte nach seiner Verurteilung im Verfahren gegen seinen ehemaligen Mitbeschuldigten als Zeuge einvernommen.
- 3.3. Die Umschreibung der Verfahrensrechte bzw. Prinzipien ist sehr allgemein, sodass sich eine Stellungnahme dazu nicht aufdrängt (wenn etwa die Rede davon ist, es sei in Beachtung des Prinzips der Waffengleichheit bereits in der Untersuchung sicherzustellen, dass der Beschuldigte im Vergleich zum Ankläger nicht schlechterzustellen sei, so kann man sich damit in dieser allgemeinen Form einverstanden erklären; allerdings ist nicht ersichtlich, welche Funktion der Ankläger in der Untersuchung hat, und sicherlich soll dem Angeeschuldigten nicht die Möglichkeit gewährt werden, Zwangsmassnahmen anzuordnen etc.).
- 3.4. Im Zusammenhang mit dem Zeugenschutz ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Aufrechterhaltung des Familienfriedens ein Zeugnisverweigerungsrecht rechtfertigt, nicht aber konkrete und verifizierbare Todesdrohungen gegen einen Zeugen oder dessen Angehörige (Konzept, S. 101).
- 3.5. Mit Blick auf das Prinzip der Waffengleichheit wäre zu prüfen, ob nicht auch Parteisachverständige vorzusehen wären, da deren Äusserungen ansonsten nur als Parteiaussage des Angeeschuldigten oder seines Verteidigers vorgetragen werden können. Könnte es nicht im Interesse der Waffengleichheit liegen, Parteisachverständige zu den Äusserungen des amtlichen Experten Stellung nehmen zu lassen?
- 3.6. Bei der Regelung der Untersuchungshaft ist als Ersatzmassnahme der Hausarrest zu prüfen, zumal mit dieser Form der «Sicherstellung der Person», die mittels moderner Technik überwacht werden kann, in geringerem Masse in die Rechte des Angeeschul-

digten eingegriffen wird als mit der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft.

- 3.7. Die Erhebung von Vergleichsmaterial zwecks Durchführung von DNA-Analysen sollte mit Blick auf die zulässigen körperlichen Untersuchungen speziell geregelt werden. Insbesondere wäre sicherzustellen, dass nur der nichtcodierende Teil der DNA untersucht wird. Die Sammlung von Spuren kann zwar durch die Polizei erfolgen (Konzept, S. 126 f.), jedoch sollte die Analyse vom Untersuchungsrichter oder dem Sachrichter angeordnet werden (körperliche Untersuchung).
- 3.8. Zur Untersuchung braucht nicht Stellung genommen zu werden, da das Untersuchungsmodell und die tendenziell mittelbare Hauptverhandlung abgelehnt werden.
- 3.9. Es ist fraglich, ob sich die Pflicht zur persönlichen Vertretung der Anklage mit Blick auf das Konventionsrecht auf Fälle beschränken lässt, in welchen eine Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren zu erwarten ist.

A. Muehl



Universität
Bern

Prof. Dr. Guido Jenny

Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz

Institut für Strafrecht und Kriminologie
Hochschulstrasse 4, 3012 Bern

031 631 47 94 / 631 48 35

095

Herrn Vizedirektor
Dr. Peter Müller
BA für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 25. Juni 1998

Stellungnahme zum Konzeptbericht eidg. StPO

Sehr geehrter Herr Vizedirektor

In der Beilage finden Sie die schriftliche Version unserer Stellungnahme zum Konzeptbericht der Expertenkommission für eine eidg. StPO, wie sie anlässlich des Hearing vom 12. d.M. vorgetragen wurde. Zudem hat Herr Prof. Arzt eine kurze schriftliche Stellungnahme beigelegt. Namens und im Auftrag der Herren Proff. Arzt, Kunz und Jenny verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen

F. Bommer

Dr. F. Bommer

Beilage erwähnt



Universität Bern

Institut für Strafrecht und Kriminologie

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht
und strafrechtliche Hilfswissenschaften
Prof. Dr. iur. Gunther Arzt

CH-3012 Bern, Hochschulstrasse 4
Telefon 031/631 47 97 Fax 031/631 82 05

Bern, 23. Juni 1998

Stellungnahme zum Konzeptbericht <Aus 29 mach 1> (beschränkt auf Grundsatzfragen)

1. Wettlauf um das maximal rechtsstaatliche Strafverfahren (Schweigerechte, Verwertungsverbote)

Es ist sehr zu hoffen, dass es nicht zu einem Wettlauf kommen wird, bei dem immer neue Anforderungen vorgebracht werden, im löblichen Bemühen, die rechtsstaatliche Qualität des Strafverfahrens noch weiter zu steigern. Erst haben wir das Recht des Beschuldigten, zu schweigen, durch ein rigides Verwertungsverbot dieses Schweigens so attraktiv gemacht, dass bald nur noch die Dummen reden werden - dann erkaufen wir uns (S. 58 ff) das Reden durch massive Strafreduktion (als ob im Strafverfahren ein Unterschied zwischen Vorteilen und den durch Nichtgewährung von Vorteilen liegenden Nachteilen gemacht werden könnte) und schliesslich erfassen wir die Äusserungen des Beschuldigten in immer früheren Ermittlungsstadien (V-Leute, Abhören). Rechtsstaatlich entstehen so Rückschritte. Dass immer neue Beweisverwertungsverbote aus den USA importiert werden, ist beunruhigend, weil in den USA diese Rechte des Beschuldigten im rechtsstaatlichen ordentlichen Verfahren durch das ausserordentliche plea bargaining System weitgehend ausser Kraft gesetzt werden (und über 90 % der Verurteilungen nicht auf das rechtsstaatlich ordentliche Verfahren, sondern auf dieses plea bargaining zurückzuführen sind). Ein rechtsstaatlich übersichertes Strafverfahren wird rechtsstaatswidrige Umwege und Alternativen entwickeln. Im Übrigen ist anzumerken, dass ohne effiziente Eindämmung der Kriminalität es keinen Rechtsstaat geben kann.

2. Herleitung konkreter Konsequenzen aus immer neuen und hohleren Generalklauseln

Der vorliegende Entwurf listet erfreulicherweise allerlei Grundsätze auf (S. 79 ff, 94). Das Verhältnis dieser Maximen zueinander war lange Zeit klar. Inzwischen ist es durch die Kreierung immer neuer Prinzipien empfindlich gestört worden. Beispielsweise ist die freie Beweiswürdigung nicht aus der Unschuldsvermutung abzuleiten (anders S. 81). Dass beispielsweise der Lügendetektor verboten ist, ist eines (und richtig). Dass er mit Zustimmung des Beschuldigten als Entlastungsbeweis

verboden sein soll, ist ein zweites (und schon problematisch). Dass das erste und das zweite aus dem Grundsatz der materiellen Wahrheit folgen soll (S. 80), ist nicht einsichtig.

Zur Erfindung neuer Prinzipien nur soviel: Dem Beschuldigten aufzuerlegen, seine Rechte nur nach Treu und Glauben oder (Unterschied?) unter Beachtung des Rechtsmissbrauchsverbotes auszuüben (S. 82), öffnet einer drastischen Reduktion von Verteidigungsrechten Tür und Tor. Die hohe Beliebigkeit der Argumentation mit solchen Generalklauseln und Verfassungsrechten mag erträglich sein, wo sie zu Gunsten des Beschuldigten eingesetzt wird. Zum Nachteil des Beschuldigten sind solche Generalklauseln auch dann indiskutabel, wenn sie in eine neue BV aufgenommen werden sollten.

Das Prinzip der Waffengleichheit (S. 94) ist (wie das Prinzip der Gleichheit überhaupt) extrem willkürgefährdet. Natürlich muss der Beschuldigte im Strafverfahren so viele Vorrechte genießen, dass von Waffengleichheit keine Rede sein kann. Was immer man ihm an neuen Rechten einräumen möchte, mag man tun. Aus einem Prinzip der Waffengleichheit liesse sich jedoch mehr an Abbau als an Aufbau von Rechten des Beschuldigten ableiten.





Universität
Bern

Prof. Dr. Guido Jenny

Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz

Institut für Strafrecht und Kriminologie
Hochschulstrasse 4, 3012 Bern
031 631 47 94 / 631 48 35

Stellungnahme zum Konzeptbericht eidg. StPO

1. Allgemeines (S. 13 ff.)

- Der Bericht beschränkt sich auf Grundlinien oder Grundzüge. Das ist gut so, hat aber zur Folge, dass über zahlreiche Punkte noch nicht wirklich diskutiert werden kann, weil hier vieles an der konkreten Ausgestaltung im einzelnen hängt. Eine sachbezogene Auseinandersetzung müsste, wenn sie Aussicht auf Erfolg haben will, auf der Grundlage eines ausformulierten Entwurfs geführt werden. Die folgenden Darlegungen sind deshalb allgemein gehalten und - wo präziser - als Anregung für konkretere Regelungen zu verstehen.
- Eigentliche Themenfelder, die der Bericht nicht behandeln würde, sind uns nicht aufgefallen. Allerdings gibt es insofern „schwarze Löcher“, als die Ausführungen des Berichts im Bereich von laufenden Gesetzgebungsprojekten relativ knapp ausgefallen sind. Zu denken ist an die geplanten BG über die verdeckte Ermittlung, über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie den Einsatz technischer Überwachungsgeräte und über genetische Untersuchungen beim Menschen. Hier sollte es ein ausformulierter Entwurf nicht versäumen, diese Spezialregelungen auf ihre Kohärenz mit dem ganzen Entwurf hin zu überprüfen und sie nicht einfach tel quel übernehmen.

2. Notwendigkeit der Vereinheitlichung (S. 21 ff.)

Aus unserer Sicht ist es dringend geboten, das Strafprozessrecht zu vereinheitlichen, ungeachtet der durch die Rspr. der Strassburger Organe und des Bger sowie durch eidg. Recht (OHG) bereits erfolgten teilweisen faktischen Vereinheitlichung. Ausschlaggebend dafür sind einerseits der Gesichtspunkt der Rechtseinheit und damit auch vermehrter Rechtsgleichheit, andererseits derjenige grösserer Transparenz im Verfahrensablauf, verbunden mit vermehrter Rechtskontrolle. Aus der Warte der Wissenschaft ist mit der Vereinheitlichung noch eine weitere Hoffnung verbunden: die schweizweite Etablierung einer Prozessrechtsdogmatik, die diesen Namen verdient und die Kluft zum dogmatischen Stand des materiellen Strafrechts verkleinert. Dazu würde auch eine bger. Praxis beitragen, die Prozessrechtsverletzungen nicht mehr nur unter Willküraspekten beurteilen müsste. Schliesslich ist auf die Verzahnung von materiellem Recht und Prozessrecht hinzuweisen: Bei 26 verschiedenen Prozessgesetzen muss auch die einheitliche Anwendung des materiellen Strafrechts leiden.

Aus diesen Gründen sehen wir keine brauchbaren Alternativen zur Vereinheitlichung, auch nicht in Form eines Rahmengesetzes. Selbstverständlich gibt es dennoch Bereiche, die für die Erfüllung der eben erwähnten Postulate wichtiger sind als andere. Von besonderer Bedeutung erscheinen uns solche einheitliche Vorschriften erstens im Bereich der Modellwahl, weil dies enorme Implikationen auf die Gerichtsorganisation und damit den gesamten Verfahrensablauf hat, und zweitens im Bereich der Grundrechtseingriffe, d.h. vor allem bei den prozessualen Zwangsmassnahmen.

3. Gerichtsorganisation

Die Ansicht der ExpKomm, dass eine Vereinheitlichung nicht ohne Auswirkungen auf die kant. Gerichtsorganisation zu haben ist, teilen wir ohne Wenn und Aber. Das Ausmass solcher Eingriffe hat sich an den vorhin dargelegten Zielen zu orientieren: es muss gewährleistet sein, dass diese auch wirklich erreicht werden können.

3.1 Strafverfolgungsmodell (S. 29 ff.)

Den Gesichtspunkt des Strafverfolgungsmodells sollte man nicht überbewerten. Es ist nicht zuletzt auch eine politische Frage, welches Modell sich schliesslich als konsensfähig erweisen wird (Anmerkung zur Durchsetzbarkeit: 13 Kantone haben das UR-Modell II (allerdings keine welschen!); von daher stellt sich die Frage, ob die Chancen der Durchsetzbarkeit des ganzen Projekts mit diesem Modell nicht steigen würden). Im Gegenteil teilen wir die Ansicht der ExpKomm, dass die Modellfrage als solche nicht entscheidend ist; auf die Einzelausgestaltung des Modells kommt es an. Insofern ist eine Stellungnahme nur beschränkt möglich, da noch keine detaillierten Aussagen zu dem von der Kommission favorisierten UR-Modell I vorliegen. Deshalb nur ein paar Bemerkungen zum Haftrichter, auf den die ExpKomm in ihrem UR-Modell I verzichten will, da der UR unabhängig von Weisungen der StA ist:

- Unter dem Gesichtspunkt der Rspr. der Strassburger Organe trifft diese Lösung zu. Allerdings ist unsicher, wie lange noch (Kommission tönt dieses Bedenken selber an, S. 112). In der Sache spricht allerdings vieles dafür, auch bei einem unabhängigen UR einen Haftrichter einzuführen/beizubehalten. Denn die nötige Unvoreingenommenheit eines UR wird nicht nur dann beeinträchtigt, wenn er später möglicherweise die Anklage vertritt (wie im Fall Jutta Huber gegen die CH). Der UR als Ermittlungsbeamter unterliegt notwendig einer rollenbedingten Verschiebung der Gewichte. Seine Tätigkeit tendiert auf Anklageerhebung, seine Perspektive ist auf die anklagereife Ermittlung des Sachverhalts gerichtet. Daran ändert nichts, dass auch der UR zu Objektivität verpflichtet ist und unter bestimmten Voraussetzungen das Verfahren einstellen kann oder sogar muss. Es ist dies nie dieselbe Objektivität, wie sie einem Richter von seiner Rolle im Prozess her zukommt, was sich auch daran zeigt, dass der UR bei zweifelhafter Sachlage (evtl. auch Rechtslage) "in dubio pro durior" überweist, der Richter hingegen freispricht, wenn sich die Zweifel an der Sachlage nicht ausräumen lassen, oder aber gehalten ist, Zweifel an der Rechtslage durch Auslegung zu beseitigen. Deshalb erscheint es als angezeigt, gewissermassen zur Kompensation von rollenbedingten Objektivitätsdefiziten auch im UR-Modell I einen Haftrichter vorzusehen.
- Weitere Überlegung: Bei der Telefon- und der technischen Überwachung sieht das Konzept zwar vor, dass der UR sie anordnet (S. 118); er muss sie aber von einer übergeordneten Instanz (AK) genehmigen lassen. Wenn solches schon für die Überwachung gilt, müsste es doch umso mehr auch für die Anordnung der U-Haft gelten, da diese weit stärker in das Persönlichkeitsrecht eingreift. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist der Haftrichter empfehlenswert.
- Bedenken der Verzögerung (S. 112): Ausmass für Aussenstehende schwer abschätzbar. Das Argument liesse sich jedenfalls verifizieren, indem man die entsprechenden Erfahrungen in den Kantonen mit Haftrichter systematisch auswerten würde. Ohne einer solchen Auswertung vorgreifen zu wollen, erscheint uns jedenfalls zweifelhaft, dass sich damit der Verzicht

auf die Institution des Haftrichters rechtfertigen liesse. Der Umstand, dass der Haftrichter vorher nicht mit der Sache befasst war, mag zwar zu kleinen Verzögerungen führen; in seiner Nicht-Involviertheit liegt aber gerade die Stärke des Instituts. Übermässige Verzögerungen lassen sich durch die Anordnung relativ knapper Fristen verhindern (vgl. z.B. Art. 185 II bern. StrV: Entscheid innert 48 Std. seit Stellung des Antrags).

- Zudem: Nach dem Konzept der Kommission ist es der UR, der über die Überweisung an das urteilende Gericht entscheidet (S. 138). Hier besteht die Gefahr, dass er nach von ihm angeordneter U-Haft in eine Art von Zugzwang gerät, in zweierlei Hinsicht: Erstens wird ihm damit zugemutet, allenfalls seine eigene, im Zeitpunkt des Ergehens wahrscheinlich sogar richtige Entscheidung nachträglich zu desavouieren, wenn am Ende des Vorverfahrens sich der Anfangsverdacht nicht bewahrheitet; zudem stellt sich dann notwendig die Entschädigungsfrage für die U-Haft, über die ebenfalls der UR entscheiden müsste. Beides sind Entscheidungen, die man besser nicht demjenigen überträgt, der bereits die U-Haft angeordnet hat.
- Schliesslich: In der Voruntersuchung würde nach dem Konzept der Kommission der UR die UH anordnen. Im Hauptverfahren müsste dies zwangsläufig der Gerichtspräsident sein. Ist er dann aber für den Entscheid in der Sache noch ein unabhängiger und unparteiischer Richter iSv Art. 6.1 EMRK? Dazu mehr von kompetenter Seite, Prof. Trechsel (vgl. immerhin BGE 115 Ia 180: Verletzung von BV 58, wenn GP in Voruntersuchung bei Entscheid über U-Haftverlängerung mitgewirkt hat und sich aus der Begründung des Entscheides zumindest der Anschein (der genügt!) ergibt, dass er sich über die Schuldfrage bereits zulasten des Beschuldigten entschieden habe; die Frage, ob Personalunion von Haftrichter (im Vorverfahren) und Sachrichter mit BV 58 und EMRK 6.1 vereinbar sei, wurde ausdrücklich offengelassen; EGMR hat iS Hauschildt (EuGRZ 1987, 355 und 1993, 122) verneint, dass es zu einer Unvereinbarkeit als solche führe, wenn der Richter, der im Vorverfahren einen Entscheid betr. Haftverlängerung gefällt habe, später als Sachrichter wirke; vgl. auch BGE 116 Ia 393).

Wichtig: Die angemeldeten Bedenken beruhen nicht darauf, dass dem UR die nötige Distanz nicht zugetraut wird. Es handelt sich nicht um ein Problem guter/schlechter UR. Problematisch erscheinen die verschiedenen Rollen, die man ein und demselben UR in ein und demselben Verfahren zumuten würde, wenn es keinen unabhängigen Haftrichter gibt. Solche Doppelrollen zu vermeiden, ist ein Grundanliegen des „modernen“ Strafprozesses.

- Dieser Punkt gibt Anlass zu einer generellen Bemerkung: Man sollte die ganze „Übung“ nicht im alleinigen Bestreben angehen, eine „konventionssichere“ StPO zu schaffen. Wenn es in der Sache gute Gründe gibt, weiter als die von der EMRK gewährten Rechte zu gehen, dann soll man diese Chance ergreifen, zumal die EMRK von ihrem eigenen Anspruch her nur Mindestgarantien statuiert (vgl. Art. 60 EMRK).

4.12 Opportunitätsprinzip (S. 46 ff.)

Die Einführung des Opportunitätsprinzips erachten wir grundsätzlich als sinnvoll, eine gerichtliche Überprüfung der aus Opportunitätsgründen erlassenen Einstellungsverfügungen ebenfalls. Die Ausnahmen von Verfolgung/Bestrafung sollten aber abschliessend aufgezählt werden. Aus Rechugleichheitsgründen kann es in einer eidg. StPO keine kant. Opportunitäten geben. Die

nötige Flexibilität kann über die Formulierung der einzelnen Ausnahmen vom Verfolgungszwang erreicht werden.

- 4.133 Geringfügige Straftaten: Kriterium für die Bagatelle auf Unrechtsebene müsste der Taterfolg (nicht die Tatfolgen, auch wenn der VE des BR zur AT-Revision ebenfalls von Tatfolgen spricht) sein. Zudem ist hier das materiellrechtl. Bagatellprinzip im Rahmen der AT-Revision im Auge zu behalten (Art. 54 VE StGB ExpKomm spricht von geringfügigem Unrecht oder Schuld, VE des BR wiederum von Schuld und Tatfolgen, die gering sein müssen).
- 4.141 Ob sich die faktische Opportunität der Polizei wirklich jeglicher Regelung entzieht, sollte, obwohl dies auf den ersten Blick einleuchtet, einlässlicher geprüft werden. Zu denken wäre etwa an die Möglichkeit, den Verzicht auf die Ermittlungstätigkeit oder jedenfalls die Setzung von Prioritäten bei der Strafverfolgung in Teilbereichen der Bagatellkriminalität (z.B. bei geringfügigen Drogendelikten) durch generelle Richtlinien näher zu strukturieren und damit wenigstens ein Stück weit zu verrechtlichen. Die ihrerseits gesetzlich zu begrenzende Kompetenz zum Erlass solcher Richtlinien könnte den Aufsichtsbehörden über die gerichtliche Polizei übertragen werden, etwa der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz oder einem noch zu schaffenden Organ, evtl. mit Genehmigung durch eine Bundesbehörde.

4.25 Schlussfolgerungen der Kommission: Keine Kronzeugenregelung, aber verstärkte Berücksichtigung der Aufklärungshilfe (S. 58 ff.)

- Nachhaltige Unterstützung der Ablehnung einer Kronzeugenregelung.
- Soweit Aufklärungshilfe strafmindernd iSv Art. 63 StGB berücksichtigt werden sollte, ist dies eine Frage des Strafzumessungsrechts und damit des materiellen Strafrechts, einer Regelung im Strafprozessrecht bedarf es nicht. Im übrigen kann im Rahmen der Strafzumessung die Mithilfe bei der Aufklärung ohnehin bereits strafmindernd berücksichtigt werden (vgl. STRATENWERTH, AT II, § 7 N 49). Will man dem Beschuldigten/Täter Aufklärungshilfe in weitergehendem Ausmass gutschreiben, dann hätte man dies im Rahmen der AT-Revision im Zusammenhang mit der aufrichtigen Reue zu normieren. Dabei wäre aber an den Grundgedanken von Art. 260^{ter} Ziff. 2 anzuknüpfen: Blosser Mithilfe bei der Aufklärung begangener Straftaten sollte nicht genügen, die Entfaltung geeigneter Mitwirkungsbemühungen zwecks Verhinderung zumindest einer künftigen Tat wäre zu verlangen.
- In die StPO wäre dann nur noch eine Verpflichtung der Untersuchungsbehörden aufzunehmen, allfällige Aufklärungshilfe dem urteilenden Gericht (im Überweisungsbeschluss) zur Kenntnis zu bringen. Damit hätte es die Untersuchungsbehörde in der Hand, den Beschuldigten über die (nicht zwingende!) Strafmilderung für den Fall erfolgreicher Aufklärungshilfe zu informieren.

4.3 Zeugenschutz (S. 61 ff.)

- Der Bericht geht offenbar von einem Aussageverweigerungsrecht des gefährdeten Zeugen im geltenden Strafprozessrecht aus (S.65). Soweit es um Gefährdungen von Leib und Leben geht, ist dies zweifelhaft: Soweit ersichtlich, statuiert ausser Art. 81 lit. a StPO FR keine Prozessordnung ein Zeugnis-/Auskunftsverweigerungsrecht für diesen Fall. An der Notstandsregelung des materiellen Rechts (Art. 34 StGB) kommen freilich auch die andern Pro-

zessgesetze nicht vorbei: Der Konflikt zwischen Aussagepflicht und drohender Gefährdung von Leib und Leben lässt sich durch eine strafprozessuale Regelung nicht entschärfen. Auf ihn Einfluss nehmen lässt sich aber durch eine Beschränkung des Ausmasses an Identifikation des Zeugen, womit unter Notstandsgesichtspunkten die Gefahr für Leib und Leben anders abwendbar wird. Das gilt allerdings nur für den dem Beschuldigten unbekannten Zeugen, dh idR den Zufallszeugen. Wo das zur Verminderung der Gefährdung des Zeugen nichts nützt, hilft es aufgrund der erwähnten Notstandsregel nichts, wenn dem Zeugen kein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird: Aussagen muss er auch dann nicht.

- Bei Zeugen, die solcherart geschützt werden können, sollen zumindest dem Gericht die Personalien des Zeugen bekannt gegeben werden (vgl. Art. 124 StrV BE, Art. 82 Abs. 4 StPO FR).
- Schutzmassnahmen zugunsten gefährdeter Zeugen (S. 66): Im Sinne einer vorläufigen Massnahme im Prinzip ja; das Problem wird sein, hinreichend präzise Kriterien für eine potentielle Gefährdung der Beweisperson zu finden; die Grenze zwischen Unannehmlichkeiten und Unzumutbarkeiten für einen Belastungszeugen ist fließend. Prüfstein der Regelung wird sein, ob für eine verlässliche Abklärung der Gefährdungssituation der Beweisperson im Anfangsstadium des Strafverfahrens, um das es ja geht, die nötigen Informationen zur Verfügung stehen, oder ob man sich gezwungen sieht, allein auf die Aussagen der Beweisperson abzustellen.
- Der Bericht will die traditionellen Zeugnisverweigerungsgründe der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit und der Unehre nicht mehr anerkennen (S. 101). Letztgenannter Grund ist in der Tat diskutabel (zu erwägen wäre, ob hier eine Abwägung gegen die Schwere des zu verfolgenden Delikts vorgenommen sollte; Bsp: Zeuge müsste über den GV mit einer Prostituierten aussagen, wenn es um einen Mord, nicht dagegen, wenn es um eine Übertretung geht). Aber der Zwang zur Aussage auch bei drohender zivilrechtlicher Haftbarkeit stellt eine Abkehr vom Grundsatz dar, dass der nemo tenetur-Grundsatz nicht nur für den Beschuldigten, sondern auch für den Zeugen gilt (so auch die Regelung verschiedener kantonaler Prozessgesetze, z.B. Art. 114 StrV BE, Art. 81 lit. c StPO FR, § 95 StPO LU, Art. 160 Abs. 1 Ziff. StPO JU). Man wird unter dem Gesichtspunkt der Wertungskohärenz auch zu beachten haben, dass zwar die Gefahr strafrechtlicher Verantwortlichkeit im Regelfall, aber nicht stets als schwerer wiegende Belastung erscheint: Die Verurteilung wegen eines Strassenverkehrsdelikts verblasst im Vergleich zum drohenden wirtschaftlichen Ruin infolge aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

4.344 Kein ausgebautes Zeugenschutzprogramm (S. 67 ff.)

Der Bericht will vorderhand auf ein ausgebautes Zeugenschutzprogramm verzichten. Auch wenn man die Bedenken der Kommission teilt, sollte unseres Erachtens vorerst näher abgeklärt werden, ob dies den Bedürfnissen der Praxis entspricht, zumal sich die Verhältnisse und damit auch die Einschätzung der Notwendigkeit/Wünschbarkeit solcher Zeugenschutzmassnahmen rasch ändern könnten.

5.11 Anwendungsbereich einer vereinheitlichten StPO (S. 69 ff.)

Wir halten es für richtig, vorderhand das Militär-, Verwaltungs-, Jugendstraft- und Ordnungsbussenverfahren von der Vereinheitlichung auszunehmen. Als besondere Verfahren im Ver-

gleich zu einer ordentlichen StPO müsste aber nach deren Erlass geprüft werden, inwieweit sich Anpassungen aufdrängen. Das Verfahren bei Widerhandlungen gegen kantonales Strafrecht bedarf keiner eidg. Regelung.

5.12 Behörden der Strafrechtspflege (S. 72 ff.)

- 5.124 Die StA sollte von der Exekutive unabhängig sein. Jedenfalls im Bereich, wo das Legalitätsprinzip gilt, kommt eine Weisungsbefugnis inhaltlicher Natur nicht in Frage. Die Ausnahme der Ermächtigungsdelikte bleibt ohnehin vorbehalten.
- 5.125 Laut Konzeptbericht soll die eidg. StPO Funktion und Aufgaben der wichtigsten Behörden der Strafrechtspflege definieren. Dazu würde auch gehören, die Strafkompetenz von Einzelrichter und von Kollegialgericht festzulegen. Diese Grenzziehung muss vom möglichen Ausmass der Strafe geleitet sein, und die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verhängung einer schwereren Strafe auf mehrere Schultern verteilt werden soll, kann nicht von Kanton zu Kanton unterschiedlich beantwortet werden. Die Organisation der Gerichte steht auch bei einer bundeseinheitlichen Schnittstelle noch den Kantonen zu.

5.14 Grundsätze des Verfahrens (S. 79 ff.)

Hier vermissen wir die Verankerung des Unmittelbarkeitsprinzips, auch wenn es nur noch eingeschränkt gelten soll, was man entsprechend formulieren müsste. Aber auch dann liegt es nicht im freien Belieben des Gerichts, welche Beweise es in der Hauptverhandlung erheben will: Soweit es für die Frage von Tat, Schuld oder Strafe auf den persönlichen Eindruck von Dritten (der Beschuldigte ist mit Ausnahme des Kontumazialverfahrens ohnehin anwesend) ankommt, muss das Unmittelbarkeitsprinzip nach wie vor gelten. Das müsste man an dieser Stelle zum Ausdruck bringen.

5.15 Parteien und andere Verfahrensbeteiligte (S. 84 ff.)

- Parteibegriff: Hier wäre zu erwägen, ob man vom Parteibegriff im Strafprozess nicht Abschied nehmen sollte. Vorschlag: Entweder jeweils Aufzählung, oder aber bloss "Verfahrensbeteiligte", oder aber - zur Abgrenzung gegenüber mindergewichtigen Verfahrensbeteiligten wie Anzeiger, Strafantragsteller, Zeugen, Auskunftspersonen und beschwerten Dritten - "Verfahrenshauptbeteiligte".
- Da der Privatkläger als Partei gilt, ist er in seinen Aussagen nicht zur Wahrheit verpflichtet und kann somit nicht als Zeuge einvernommen werden. Hier kann man sich mit Fug die Frage stellen, ob es nicht gerechtfertigt ist, dem Privatkläger, wenn er schon die Verurteilung des Beschuldigten mitbetreiben darf, als Gegengewicht eine (strafbewehrte) Wahrheitspflicht aufzuerlegen, so dass er nicht mehr straflos lügen darf. Dabei ist allerdings auch nicht zu verkennen, dass seinen Aussagen dadurch generell eine erhöhte Glaubwürdigkeit verliehen würde, ohne dass man sicher sein kann, dass die Wahrheitspflicht auch zu wahrheitsgemässen Aussagen führt.

5.162.2 Besondere Rechte des Opfers (S. 94)

Keine Ausdehnung des Opferbegriffs iSv Art. 2 OHG auf andere Geschädigte wie etwa solche von Vermögensdelikten. Andernfalls wächst die Gefahr, dass zivilrechtliche Auseinandersetzungen mit den Mitteln des Strafrechts ausgetragen werden.

5.171.2 Eröffnung der richterlichen Entscheide (S. 95 f.)

Die Form der Eröffnung soll sich nach wie vor nach kantonalem Recht bestimmen. In einer eidg. StPO sollte aber jedenfalls der Beginn des Fristenlaufs bundesrechtlich geregelt sein. Ob es sich unter diesen Umständen noch rechtfertigt, die Form der für den Fristenlauf massgeblichen Eröffnung weiterhin den Kantonen zu überlassen, ist höchst zweifelhaft.

5.18 Beweismittel (S. 100)

Laut Bericht sind die einzelnen Beweismittel „explizit zu regeln“. Nur um Missverständnissen vorzubeugen: Ein numerus clausus der Beweismittel ist uE damit nicht verbunden und sollte es auch nicht sein, vgl. Bericht S. 105.

5.182.1 Zeugen, ZVR wegen Familienbindung (S. 100 f.)

- Als Ausnahme von diesem ZVR postuliert der Bericht im Fall einer Familienbeziehung zwischen Täter und Opfer eine Aussagepflicht des Opfers. Dann würde das auch gelten bei einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen dem erwachsenen Sohn und dem Vater, was wohl nicht die Meinung ist, wenn man sich das a.a.O. angeführte Bsp. der sexuellen Handlung des Vaters mit der Tochter vergegenwärtigt. Man wird die Aussagepflicht einzuschränken haben auf die Fälle, wo es um die Abklärung von Straftaten von Eltern und anderen Verwandten an unter 16-jährigen (evtl. minderjährigen) Kindern geht; allenfalls wäre zu überlegen, ob dies auch gelten soll für ältere Geschwister als Tatverdächtige, da bei genügendem Altersunterschied ein ähnliches Machtgefälle bestehen kann.
Für die Frage des Alters ist abzustellen auf den Zeitpunkt der Zeugenaussage, nicht den der Tat; andernfalls wäre noch die 25-jährige Tochter gezwungen, über einen Missbrauch durch den Vater im Alter von 12 Jahren auszusagen, obwohl bei ihr die Gefahr, dass sie innerfamiliären Pressionen erliegt, viel geringer ist.
- Art. 7 II OHG muss entsprechend geändert werden.

5.182.1 Zeugen, ZVR bei nicht Art. 321 StGB unterfallenden Geheimnisträgern (S. 101)

Der Bericht ist zu Recht skeptisch gegenüber einer generalklauselartigen Regelung, die auch Geheimnisträger ohne das Privileg von Art. 321 StGB von der Aussagepflicht entbinden will, sofern das berechnigte Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Zwar sind legitime Interessen zur Zeugnisverweigerung in diesem Bereich nicht zu verkennen (Bsp: therapeutisch tätige Psychologen), aber ein solches ZVR nützt ihnen nur sehr beschränkt: Attraktiv ist es etwa beim Arzt oder Rechtsanwalt deswegen, weil diese Personenkategorien die Geheimhaltung vorgängig zusichern können, was bei einem ZVR von Fall zu Fall gerade nicht zutrifft. Solchen - teilweise jedenfalls legitimen - Interessen wäre daher besser mit einer entsprechenden Änderung von Art. 321 StGB oder der Statuierung des ZVR in der

Spezialgesetzgebung gedient. Dazu kommt, dass mit Generalklauseln der Rechtssicherheit wenig gedient ist.

5.182.1 Zeugeneinvernahme (S. 102)

Bei späterem Ausüben des ZVR sollen zwar die Aussagen des Zeugen verwertbar sein. Hier wäre zu präzisieren, dass nur Aussagen vor dem UR, nicht vor der Polizei (allenfalls im Rahmen delegierter Zeugeneinvernahmen, sofern solche vorgesehen sind) verwertbar sind, vgl. die in dieser Hinsicht nicht klare Berner Regelung, Art. 298 Abs. 1 Ziff. 6 StrV. Aussagen vor der Polizei evtl. dann verwertbar, wenn „Anwalt der ersten Stunde“ eingeführt würde.

5.182.2 Auskunftspersonen (S. 103)

- Als Auskunftsperson wäre auch der Beschuldigte in einem andern Verfahren zu nennen, das mit der abzuklärenden Straftat in Zusammenhang steht und noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. Damit wird der Trennung von Strafverfahren "zwecks Zeugengewinnung" ein Riegel geschoben.
- Der Geschädigte sollte nicht als Auskunftsperson einvernommen werden: Entweder ist er Privatkläger, dann obliegt ihm nach Bericht ohnehin keine Wahrheitspflicht (wobei man darüber mit Fug streiten kann), oder aber er kann wesentliche Angaben zu Tat und/oder Täter machen, dann ist er Zeuge. Die Einvernahme als Auskunftsperson rechtfertigt sich auch deshalb nicht, weil die ZVR im Bericht relativ eng gefasst sind und bei drohender zivilrechtlicher Verantwortlichkeit (und Unehre) keines vorgesehen ist. Weshalb aber soll der Geschädigte, der sich nicht als Privatkläger stellen will, privilegiert werden durch die Einvernahme als Auskunftsperson und Schweigerecht, der Zeuge hingegen, welcher der Tat ferner steht, auch über Unehrenhaftes oder sogar Haftungsbe gründendes Auskunft geben, worüber der Geschädigte schweigen könnte?

5.183 Beweiswürdigung und Beweisverwertung (S. 105 f.)

- Grundsatz der freien Beweiswürdigung sollte explizit genannt werden, evtl. auch bei der Bestimmung, die Unmittelbarkeit in der HV regelt (vgl. Art. 307 StrV BE).
- Dem Grundsatz, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterstehen, ist zuzustimmen. Man sollte aber den Versuch unternehmen, eine präzisere Regel für die Nichtverwertbarkeit zu finden als es die gegenwärtige bger. Praxis mit der Interessenabwägung erlaubt. Vorschlag: Sobald die theoretische Möglichkeit besteht, dass bei korrekter Vorgehensweise der entsprechende Beweis nicht hätte erhoben werden können, dürfte er nicht verwertet werden (damit wäre man die Diskussionen um hypothetische Ermittlungsverläufe bei rechtswidrigem Vorgehen von Strafverfolgungsbehörden wohl zu einem Teil los). Dies wäre zunächst dort der Fall, wo der Beweiserhebung ein Mitwirkungsverweigerungsrecht des von ihr Betroffenen entgegensteht, welches dieser aus Gründen, die den Strafverfolgungsorganen zuzurechnen sind, nicht hat ausüben können oder über dessen Ausübung sie sich hinweggesetzt haben (Bsp: Zeugenaussage ohne Belehrung über bestehende ZVR; Beschlagnahme trotz Beschlagnahmeverbot und Widerspruch des Betroffenen). Es muss auch dort gelten, wo infolge Heimlichkeit der Zwangsmassnahme ein solches Recht nicht besteht, an seiner Stelle aber eine Genehmigungspflicht einer Aufsichtsbehörde besteht (Bsp: Telefonüberwachung durch UR ohne Einholung der Genehmigung bei

AK, oder Telefonüberwachung durch Polizei). Wo hingegen ein solches Mitwirkungsverweigerungsrecht nicht besteht, macht die Verletzung einer Beweiserhebungsvorschrift als solcher das Beweismittel noch nicht unverwertbar (Bsp: Durchsuchung einer Frau durch männlichen Polizeibeamten, nicht durch Frau oder Arzt/Ärztin). In diesem Bereich wird man die traditionelle Unterscheidung Ordnungsvorschrift - wesentlicher Prozessrechtsgrundsatz weiterführen müssen, um für oder gegen Verwertbarkeit zu entscheiden. Ginge es allerdings bei der Durchsuchung auch um Körperöffnungen (wie nach bern. Regelung, Art. 147 StrV), wird bereits zweifelhaft, ob im erwähnten Bsp. noch Verwertbarkeit anzunehmen wäre. Denn die Vorschrift könnte dann auch den Zweck haben, der Durchsuchten nicht nur die entsprechende Peinlichkeit zu ersparen (dies, soweit männliche Polizeibeamte ausgeschlossen werden), sondern auch denjenigen, die Gefahr der Verfälschung des Beweisergebnisses zu minimieren (Blutentnahme durch Polizisten würden wir aus diesem Grund ja nicht als gültig anerkennen) oder für den Schutz der körperlichen Integrität der Durchsuchten zu sorgen (z.B. bei Kokain-Fingerlingen im Magen, die bei unsachgemäßem Vorgehen platzen könnten).

Kurz und vereinfacht: Die Verletzung eines Beweiserhebungsverbot sollte ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen, ausser es handle sich bei der verletzten Vorschrift bloss um eine Ordnungsvorschrift.

Jedenfalls sollte man der Berufung auf hypothetische Kausalverläufe einen Riegel schieben, von der Art, die AK hätte dem UR die Genehmigung zur Telefonüberwachung schon erteilt, wenn er sich darum bemüht hätte. Damit wird der Entscheid eines Gerichts vorweggenommen, dh einer ausserhalb der Strafverfolgungsbehörden stehenden Instanz mit der Aufgabe eben deren Kontrolle; mit der „hypothetischen Argumentation“ wird der Versuch der Strafverfolgungsbehörde, sich solcher Kontrolle zu entziehen, nachträglich noch legitimiert, und das kann nicht sein.

- Man sollte eine fallgruppenhafte Aufzählung der Fälle, die zu einem Beweisverwertungsverbot bei rechtswidrigem Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden führen, nicht mit der Verletzung des materiellen Rechts beginnen (wie im Bericht S. 105). Ansatzpunkt der Regelung stellt die Verletzung einer Prozessrechtsvorschrift dar, und eine Verletzung des materiellen Rechts dürfte im Regelfall auch eine solche des Prozessrechts darstellen, aber nicht umgekehrt. Die Verletzung von materiellem Recht bei der Beweismittelbeschaffung ist deshalb nur ein Unterfall des allgemeinen Gedankens, dass die Beweismittelbeschaffung keine prozessrechtlichen Grundsätze verletzen darf. Die Zulässigkeit/Unzulässigkeit der Verwertung von Beweismitteln, die durch rechtswidriges Handeln Privater erlangt worden sind, bedarf ohnehin keiner Regelung: Hier kann es nur auf die Interessenabwägung im Einzelfall ankommen, die sich einer generellen Normierung entzieht.

5.194.2 Polizeihaft (S. 109 f.)

Der "Anwalt der ersten Stunde" scheint uns ein Gebot der Stunde. Seine Zulassung bereits während der Dauer der Polizeihaft, insbesondere bei polizeilichen Befragungen, ist nachdrücklich zu fordern. Die gängigen Argumente dagegen fangen uE nicht.

- Dass er für die Schweiz ein völliges Novum sei, ist zwar richtig, stellt aber keinen stichhaltigen Einwand dar, wenn man sich an die Erarbeitung einer Gesamtkodifikation macht.

- Vor allem aber dürfte der (Mehr-)Aufwand, der als Folge der Zulassung des Anwalts der ersten Stunde befürchtet wird, beträchtlich überschätzt werden. Dass der Festgenommene das Recht hat, einen Verteidiger beizuziehen, bedeutet noch lange nicht, dass dieser Anspruch regelmässig oder gar in der Mehrzahl der Fälle wahrgenommen würde. Ist überdies der Tatverdächtige auf sein Schweigerecht hinzuweisen (was sich von selbst versteht und die Kommission zu Recht nicht ändern will), so kann die Verbeiständung durch einen Verteidiger durchaus auch dazu führen, dass ein „verstockter“ Täter eher redet sowie Fehl- und Falschaussagen eines verunsicherten Beschuldigten, die das Verfahren in die Irre führen oder in einer späteren Phase mit Mehraufwand belasten, unterbleiben, so dass die Strafverfolgung insgesamt nicht verzögert/behindert, sondern gefördert wird (eingehend KRAUSS, in: FS für K. Eichenberger, Basel 1982, 763 ff.). Soweit es allein um organisatorische Änderungen und Umstellungen geht, fallen diejenigen, die sich aus der Verbeiständung durch den „Anwalt der ersten Stunde“ ergäben, neben all den andern, die mit der Einführung einer eidgenössischen StPO ohnehin verbunden sind, nicht mehr entscheidend ins Gewicht.
- Schliesslich überzeugt auch das hier und dort gehörte Argument der „Waffengleichheit“ (im umgekehrten Sinn) nicht, dass der einvernehmende Polizeibeamte im Gegensatz zu einem anwesenden Verteidiger nicht juristisch gebildet sei: Die Polizei hat sich bei der Befragung ohnehin auf den Sachverhalt zu beschränken, und das Erwirken von Aussagen durch Einschüchterung, Versprechungen, eingebende Fragen usw. ist ihr auch in Abwesenheit eines Verteidigers verboten. Träfen im übrigen die Befürchtungen der Kommission zu, so wäre wohl kaum verständlich, weshalb der Anwalt der ersten Stunde in zahlreichen ausländischen Prozessgesetzen seit längerem und immer noch vorgesehen ist und seine Einführung in der Schweiz von verschiedenen internationalen Komitees „regelmässig“ (Bericht S. 110) angemahnt wird. Endet die Fähigkeit, Aufwand und Ertrag angemessen einzuschätzen, jenseits der Landesgrenze?

Angesichts der zu beobachtenden Tendenz der Verlagerung des Untersuchungsschwerpunktes von der förmlich eröffneten Voruntersuchung auf das Ermittlungsverfahren sollte deshalb der Verteidiger bereits hier zugelassen werden. Die Beachtung der Förmlichkeiten der Befragung, wie sie neuere Prozessgesetze festschreiben (z.B. Art. 208 StrV BE, Art. 150 Abs. 2 StPO FR), sind zwar ein Schritt in die richtige Richtung, bleiben aber auf halbem Wege stehen.

Überdies ist das Misstrauen gegenüber dem Verteidiger, das sich in der Ablehnung dieses Postulats manifestiert, fehl am Platz. Im Gegenteil wird dem Ergebnis einer in Anwesenheit des Verteidigers durchgeführten Einvernahme grösseres Gewicht zukommen als einer solchen zwischen Polizist und Einzuvernehmendem allein.

Sollte der Anwalt der ersten Stunde abgelehnt werden, so hätte man jedenfalls dafür zu sorgen, dass Polizeiprotokolle keine zulässigen Beweismittel in der Hauptverhandlung sind und dort - bei abgeschwächter Unmittelbarkeit - verwertet werden. Ausnahme müsste der Fall bilden, dass in der VU ein kindliches Opfer von einer speziell geschulten Polizeibeamtin einvernommen wird - unter Wahrung des rechtl. Gehörs des Beschuldigten - und eine Wiederholung der Einvernahme in VU und HV mit Rücksicht auf Alter/Zustand des Kindes nicht angezeigt ist, vgl. Art. 110 StrV BE.

5.195.1 Haftgründe (S. 111)

Fortsetzungsgefahr als nur beschränkt legitimer strafprozessualer Haftgrund wäre an sich restriktiv zu umschreiben, z.B. aufgrund der Begehung von gleichartigen Straftaten während Dauer der eingeleiteten Voruntersuchung. Hier gilt es das Verhältnis zur Ausführungsgefahr zu bedenken: Soll erstmalige Begehung genügen? Und wie hätte man sich dann das Verhältnis zu dem von der Kommission ebenfalls erwogenen weiteren Haftgrund der Gefährdung der öffentlichen Ordnung bei schweren Verbrechen vorzustellen?

5.196.1 Allg. Voraussetzungen von Beschlagnahme und Edition (S. 114)

Hier ist darauf zu achten, dass die Zeugnisverweigerungsrechte sinngemäss auf die Editionsverweigerungsrechte sowie die Beschlagnahmeverbote übertragen werden.

5.196.2 Beschlagnahme von elektronisch gespeicherten Daten und Überwachung von Bankkonten (S. 115)

Der Vorschlag der Kommission, für die Überwachung von Bankkonten eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu schaffen, wird mit Nachdruck unterstützt. Man befindet sich hier in einem Bereich, der grosse Ähnlichkeiten vor allem mit der technischen Überwachung aufweist. Hier wie dort weiss der Inhaber des überwachten Kontos nichts von der prozessualen Zwangsmassnahme; zudem ist sogar eine Entwicklung denkbar, dass Konten überwacht werden können, ohne dass selbst die Bank davon weiss. Solchen Erscheinungen kommt man mit den traditionellen Voraussetzungen von Edition oder Beschlagnahme nicht mehr bei. Weil auch die Abgrenzung zwischen der Beschlagnahme von elektronisch gespeicherten Daten und der Überwachung von Bankkonten unsicher ist (wenn Überwachung möglich, könnte sich die Beschlagnahme uU als obsolet erweisen, da sämtliche relevanten Informationen auf dem Weg der Überwachung zu beschaffen sind), sollte auch für die Beschlagnahme elektronisch gespeicherter Daten eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erarbeitet werden.

5.198 Überwachungsmassnahmen / technische Überwachung (S. 117 ff.)

Der Bericht erwägt, den Einsatz technischer Überwachungsgeräte besonders zu regeln. Dieses Anliegen verdient volle Unterstützung, aus mehreren Gründen:

- Die technische Überwachung ist ein ungleich schwererwiegender Eingriff als die Telefonüberwachung, und zwar in verschiedener Hinsicht: Erstens erfasst sie den gesamten häuslichen Lebensbereich des Überwachten, uU sogar den ganzen Tagesablauf (Peilsender), und zweitens ist es ungleich schwieriger, sich ihr zu entziehen. Aus diesen ist es nicht nur angezeigt, sondern geboten, die technische Überwachung an strengere Voraussetzungen zu knüpfen und zudem nur bei Verdacht auf schwere und schwerste Straftaten zuzulassen, die in einem Deliktskatalog aufzuführen wären.
- Vor allem hinsichtlich Drittüberwachung ergeben sich bei der technischen Überwachung Probleme, die nicht einfach durch einen Verweis auf die Telefonüberwachung erledigt werden können: Die Drittüberwachung beim Telefon- und Postverkehr knüpft an die Verdachtsvoraussetzung an, dass die Drittperson Meldungen für den Beschuldigten entgegennimmt oder weitergibt oder dass er ihren Telefonanschluss benützt. Schon diese Voraussetzung ist nicht auf die technische Überwachung übertragbar: Wie soll man sich die Benützung eines Anschlusses im Zusammenhang mit techn. Überwachung vorstellen? Oder: was

soll eine techn. Überwachung bei einer Drittperson, die im Verdacht steht, Meldungen für den Beschuldigten entgegenzunehmen? Das Problem Drittüberwachung stellt sich also bei der technischen Überwachung in ganz anderem Kontext. Auch aus diesem Grund braucht es hier eine gesonderte Regelung und nicht bloss den Verweis auf die Telefonüberwachung.

- Der VE zu einem BG über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie den Einsatz technischer Überwachungsgeräte vom 2.6.1997 erwähnt das Problem mit keinem Wort, sondern lässt, wie es der Tradition in den kantonalen Strafprozessgesetzen entspricht, die technische Überwachung unter denselben Voraussetzungen zu wie die Telefonüberwachung (Art. 1 Abs. 4).

5.212.3 Die Ermittlungshandlungen / DNA-Analyse (S. 126 f.)

Die DNA-Analyse mag zwar ein „im wesentlichen polizeiliches Mittel“ darstellen. Ihre Anwendung auf Tatspuren durch die Polizei ist unproblematisch. Soweit es sich hingegen um die personenbezogene Untersuchung zu Identifizierungszwecken handelt, sind deren Voraussetzungen über den Inhalt des VE zu einem BG über genetische Untersuchungen hinaus klärungsbedürftig. Problematisch erscheinen insbesondere das Verhältnis der Anordnungsvoraussetzungen zueinander, das Genügen der Zustimmung insbesondere bei Massenfahndungen und die mangelnde Unterscheidung zwischen einfach Tatverdächtigen und Nicht-Tatverdächtigen.

5.231.1 Aufgaben des Präsidenten in Hauptverhandlung (S. 139)

Dem Präsidenten soll nach Auffassung der Komm. die Befugnis zukommen, die Akten zur Ergänzung der Untersuchung an den UR zurückzuweisen. Das ist dort richtig, wo sich in der HV Anhaltspunkte für weitere Straftaten des Beschuldigten (oder Dritter in konnexen Fällen, die gemeinsame Beurteilung erfordern) ergeben, über die keine Voruntersuchung geführt worden ist. Es kann aber nicht die Meinung sein, dass bei einer nach Ansicht des Gerichts zu dünnen Tatsachengrundlage dieses die Akten einfach zurückweist in der Hoffnung, sorgfältigere Arbeit des UR, die vorzunehmen das Gericht selber nicht in der Lage ist, würde eine verurteilungsreife Tatsachengrundlage ergeben. Andernfalls ergäbe sich eine Verschiebung in der Rollenverteilung zwischen Gericht und UR/StA. Die Rückweisungsbefugnis muss also beschränkt werden auf in der HV neu aufgekommene Verdachtsmomente bez. Straftaten, über die noch keine VU geführt worden ist.

5.232.2 Besetzung des Gerichts (S. 140)

Art. 10 OHG sollte in eine zwingende Vorschrift geändert werden, so dass bei Sexualdelikten die Besetzung des Gerichts mit mindestens einer Person des gleichen Geschlechts zwingend wird. Andernfalls kann das Opfer Einfluss nehmen auf die Zusammensetzung des Gerichts.

5.232.6 Zweiteilung der Hauptverhandlung (S. 141)

Die Kommission schlägt die Einführung eines Schuld- bzw. Tatinterlokuts vor. Das ist zu begrüssen; doch ist darauf zu achten, dass die damit verbundenen Erwartungen (Schutz der Persönlichkeit des Beschuldigten, Entfallen des Verteidigerdilemmas) auch eingelöst werden können. Das bedingt, dass im ersten Verhandlungsabschnitt die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten nicht zum Gegenstand der Erörterung gemacht werden dürfen, sondern man sich dabei auf die Frage der Unrechtsverwirklichung, dh der Täterschaft, beschränkt; im allfälligen

2. Verfahrensabschnitt müssten dementsprechend nicht nur die persönlichen Verhältnisse zur Sprache kommen, sondern auch die Frage der Schuldfähigkeit überhaupt. Dann haben wir ein Taunterlokut.

5.232.7 Anwesenheit der Parteien (S. 142)

Die Kommission sieht eine Anwesenheitspflicht der Staatsanwaltschaft erst bei einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von mehr als 5 Jahren vor. Dieser Erscheinungsdispens erscheint auch bei Verständnis für die Überlastung der Staatsanwaltschaft als zu weit. Erfasst wären damit nur noch Fälle von schwerer und schwerster Kriminalität. Weiter müsste eine Anwesenheitspflicht auch dort statuiert sein, wo es um die Verhängung einer Sicherungsverwahrung nach Art. 42 oder 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB geht. Zudem kollidiert der Dispens von der Erscheinungspflicht ohnehin mit der Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Objektivität: Eine wider Erwarten für den Beschuldigten günstige Beweisaufnahme müsste danach zu einer Änderung des staatsanwaltlichen Antrags führen; diese Forderung ist umso weniger einlösbar, je mehr man die Staatsanwaltschaft vom persönlichen Erscheinen entbindet. Schliesslich dürfte die fehlende Anwesenheit der Staatsanwaltschaft auch zu einer gewissen Verschiebung im Rollenverständnis des Richters führen: Er wird in einer solchen Situation wohl vermehrt Überlegungen zur Wahrung des staatlichen Strafanspruchs anstellen, die an sich Aufgabe des Staatsanwaltes wären (Tendenz zum Inquisitionsprozess; vgl. auch GRENER, Die Stellung der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung in Voruntersuchung und Hauptverhandlung, S. 67, in: Aufsätze zum bernischen Strafverfahren, hrsg. von der Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts, Bern 1996). Die Auftrittspflicht der Staatsanwaltschaft müsste mithin weiter reichen als von der Kommission vorgeschlagen, z.B. bei einer Straftat mit einer Strafandrohung von mehr als 5 Jahren, evtl. verbunden mit einer zu erwartenden Strafe ab bestimmter Höhe (damit nicht bei 2 konkurrierenden Diebstählen mit Höchststrafe von 7 1/2 Jahren, aber einer zu erwartenden Strafe im Monatsbereich der StA persönlich auftreten muss), oder sogar Auftrittspflicht immer dann, wenn der bedingte Strafvollzug wegen der Höhe der Strafe nicht mehr möglich ist oder die StA eine unbedingte Strafe beantragt.

5.233.2 Beweisverfahren (S. 143)

- Die beschränkte Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme entspricht zwar dem Trend in den neueren Prozessgesetzen der Schweiz, international geht der Trend allerdings eher in die entgegengesetzte Richtung. Trotzdem wird eine beschränkte Unmittelbarkeit als sinnvoll erachtet. Dann sollte aber ausdrücklich gesagt werden, wo Unmittelbarkeit der HV unabdingbar ist: bei denjenigen "Beweismassnahmen, die im Schuld- oder Sanktionenpunkt von erheblicher Bedeutung sein können und bei denen der persönliche Eindruck für die Bildung der richterlichen Überzeugung entscheidend ist", Art. 295 Abs. 2 StrV BE.
- Die fehlende Bestrittenheit der Aussagen: Tragweite dieses Grundes für die Einschränkung der Unmittelbarkeit müsste sehr genau abgeklärt werden. Hält man daran fest (was uE nicht zweifelhaft sein kann), dass auch ein Geständnis vom Gericht nicht per se hinzunehmen, sondern auf seine Glaubwürdigkeit zu überprüfen ist, dann fragt sich, wie diese fehlende Bestrittenheit, der ein zivilprozessuales Element anhaftet, eingeschränkt werden muss. Zur Klarstellung empfiehlt sich wohl ein Zusatz in die Richtung, dass sich eine Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips auch bei nicht bestrittenen (vom wem?) Aussagen allenfalls

dort rechtfertigt, wo auch nach der Überzeugung des Gerichts an der Wahrheit der entsprechenden Tatsachengrundlage vernünftigerweise nicht zu zweifeln ist.

- Als Gegengewicht zur eingeschränkten Unmittelbarkeit sollte ein ausdrückliches und weitgehend bestandesfestes Recht auf Stellung von Beweisanträgen der Verteidigung statuiert werden, denen nur aus eng umschriebenen Gründen (Bedeutungslosigkeit, Wahrunterstellung, Prozessverschleppung etc., vgl. § 244 dStPO; Offenkundigkeit als Einfallstor für antizipierte Beweiswürdigung schon kritisch) nicht stattgegeben werden dürfte. Leitlinie dabei muss sein, dass durch die Einschränkung der Unmittelbarkeit dem Beschuldigten keine Verteidigungsmöglichkeiten abgeschnitten werden.
- Gerichtsmitglieder und Parteien sollten Ergänzungsfragen nicht beantragen müssen, sondern direkt selber stellen können, natürlich mit der Möglichkeit des Präsidenten, bestimmte Fragen für unzulässig zu erklären (Art. 296 III StrV BE).

5.234.3 Vollständige Urteilsausfertigung (S. 146)

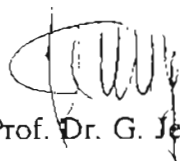
- Der Verzicht auf schriftliche Motivierung bei Urteilen im Bereich leichter Kriminalität verdient im Prinzip Zustimmung. Entscheidend werden die Modalitäten des Verzichts sein. Bei ihrer Festlegung ist zudem im Auge zu behalten, dass die Einheitlichkeit der Spruchpraxis leiden kann, wenn allzu oft verzichtet wird, und zudem das disziplinierende Element verlohrengeht, das sich aus der Pflicht ergibt, ein zunächst mündlich begründetes Urteil noch schriftlich motivieren zu müssen.
- Wenn eine abstrakte Spruchkompetenz von Einzel- und Kollegialgericht eingeführt würde (z.B. 1 Jahr Freiheitsstrafe), könnte man den Verzicht daran binden: bei Kollegialgerichten immer Begründung, bei Einzelrichter nur in den vom Bericht genannten Fällen, vgl. Art. 315, 29 StrV BE (wogegen nach dem Bericht auch das Kollegialgericht nicht begründen müsste, wenn es im Einzelfall eine Strafe unter 1 Jahr ausspricht).


5.243.1 Stellung als Zivilpartei (S. 149)


Laut Komm. soll die Stellung als Zivilpartei an das Erfordernis eines feststehenden Schadens geknüpft sein. Zivilrechtlich ist es indessen nicht ausgeschlossen, auch einen ziffernmässig (noch) nicht feststehenden Schaden einzuklagen, vgl. Art. 42 Abs. 2 OR. Überdies sollte man auch die Möglichkeit des zivilrechtlichen Rektifikationsvorbehaltes gerade bei Delikten gegen die körperliche Integrität nicht ausschliessen, vgl. Art. 46 Abs. 2 OR.

5.252.3 Verfahren gegen Abwesende, Wiederaufnahmeverfahren (S. 152)

Terminologie: Die Kommission verwendet den Begriff Wiederaufnahme sowohl für das Recht des in Abwesenheit Verurteilten auf ein neues Verfahren wie auch für die eigentliche Revision (S. 160). Man würde ersteres zur Vermeidung von Missverständnissen wohl besser „Wiedereinsetzung“ oder „Wiederherstellung“ nennen.


Prof. Dr. G. Jenny


Prof. Dr. K.-L. Kunz


Dr. F. Bommer

TELEFON (01) 259 11 11
FAX (01) 259 42 98
POSTCHECKKONTO 80-15510-7

BRIEFADRESSE:
KASPAR ESCHER-HAUS
POSTFACH 8090 ZÜRICH

Bundesamt für Justiz

IHRE ZEICHEN:

UNSERE ZEICHEN: Ma

Zürich, 18. Juni 1998

(In der Antwort wiederholen)

Hearing zum Bericht "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts"

Die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren hat Regierungsrat A. Pedrazzini (TI) und den Unterzeichneten damit beauftragt, die KKJPD anlässlich des Hearings des Bundesamtes für Justiz zum Bericht "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts" zu vertreten. Der Fragekatalog des Bundesamtes für Justiz wurde angesichts der für das Hearing zur Verfügung stehenden Zeit als zu umfangreich angesehen. Es wurden deshalb einige Kernthemen zum Bericht herausgegriffen und bei den Mitgliedern der Konferenz hierzu deren Meinung eingeholt.

1. Wille zur Vereinheitlichung

Es besteht bei den Konferenzmitgliedern einstimmig die Überzeugung, dass eine Vereinheitlichung der 29 Strafprozessordnungen sinnvoll ist. Dementsprechend ist der politische Willen grundsätzlich vorhanden, die Vereinheitlichungsbemühungen zu unterstützen.

2. Verbreitung des vorgeschlagenen Strafverfolgungsmodells

Die Meinung der Expertenkommission, sie habe das am weitest verbreitete Strafverfolgungsmodell ausgewählt und dementsprechend seien eher wenig Anpassungen und Änderungen in

Korrespondenzen sind an die Direktion und nicht an einzelne Mitarbeiter zu richten

der Gerichts- und Behördenorganisation der Kantone nötig, wird nicht geteilt. Es wird vielmehr die Ansicht vertreten, dass das vorgeschlagene Untersuchungsrichtermodeill das am wenigsten verbreitete sei und am meisten Anpassungen bedinge.

3. Bereitschaft zu Eingriffen in die kantonale Gerichts- und Behördenorganisation

Aufgrund der Ausführungen zu Ziffer 2 vorstehend vermag es nicht zu verwundern, dass die Bereitschaft der Konferenzmitglieder, Eingriffe in die kantonale Gerichts- und Behördenorganisation zu akzeptieren, eher gering ist. Zwar wird grösstenteils anerkannt, dass eine echte Vereinheitlichung gewisse Einschränkungen der Behördenautonomie zwingend zur Folge hat. Es zeigt sich aber, dass die Bereitschaft, Eingriffe zu akzeptieren, untrennbar mit der Akzeptanz des damit verbundenen Strafverfolgungsmodells verbunden ist, und diese ist insbesondere auch aus den nachfolgend aufgeführten Gründen gering.

4. Effizienz des vorgeschlagenen Strafverfolgungsmodells

Die Effizienz des vorgeschlagenen Strafverfolgungsmodells wird vor allem von grösseren Kantonen stark bezweifelt. Es wird geltend gemacht, dass die neuen Formen der Kriminalität nur im Team unter Führung einer starken Staatsanwaltschaft wirksam bekämpft werden können. Die Position der Staatsanwaltschaft im Untersuchungsrichtermodeill I ist schwach: Durch blosses Antrags- und Weiterzugsrecht können Verfahrensverzögerungen eintreten. Es wird ein direktes Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft postuliert. Die Staatsanwaltschaft soll führendes Organ in der Verbrechensbekämpfung und Vertreter des staatlichen Strafanspruches sein, und nicht bloss Partei. Unter dem Aspekt der Effizienz drängt sich eher ein Näherrücken von Untersuchung und Anklage auf, und nicht deren strikte Trennung. Die Konferenzmitglieder sind im übrigen durchwegs der Ansicht, die Staatsanwaltschaft solle von der Exekutive (Regierung) in Fragen der Rechtsanwendung unabhängig (weisungsungebunden) sein. Es wird als möglich angesehen, die Aufsicht über das Strafverfolgungswesen beim Obergericht (Kantonsgericht) anzusiedeln.

Die Expertenkommission macht geltend, ein grosser Vorteil des Untersuchungsrichtermodells I und eine Effizienzsteigerung bestünden darin, dass die Notwendigkeit des Haftrichters entfalle. Es trifft zwar zu, dass nach dem vorgeschlagenen Modell der Untersuchungsrichter für die Haftanordnung zuständig ist. Die Beurteilung von Haftbeschwerden und Haftüberprüfungen machen die Beibehaltung eines Haftrichters aber unentbehrlich. Über Haftbeschwerden muss innert kürzester Frist entschieden werden. Nachdem jeder Verhaftete die Möglichkeit hat, sofort Haftbeschwerde zu erheben, wird die behauptete Effizienzsteigerung bezweifelt.

5. Rahmengesetz als Alternative

Zu dieser Frage ist die Meinung gespalten: Ein Teil der Konferenzmitglieder kann sich ein blosses Rahmengesetz, welches ohne Eingriffe in die kantonale Gerichts- und Behördenorganisation auskommt, durchaus vorstellen. Der andere Teil ist der Ansicht, eine Vereinheitlichung sei nicht sinnvoll, wenn die Rechtszersplitterung in Bezug auf die Behördenorganisation bestehen bleibe.

6. Rechtsmittel

Das von der Expertenkommission vorgeschlagene Rechtsmittelsystem (Appellation gegen Urteile und Beschwerde gegen (untersuchungs-)richterliche Verfügungen) wird mit überwiegender Mehrheit begrüsst, wobei vereinzelt mit Nachdruck vertreten wird, die Kognition der Rechtsmittelinstanz sei für die leichte Kriminalität, zumal für Übertretungen, auf die Verletzung von materiellem und Verfahrensrecht sowie auf offensichtlich unrichtige Akten- oder Beweiswürdigung zu beschränken.

Mit freundlichen Grüssen

DIREKTION DER JUSTIZ



Dr. Markus Notter
Regierungsrat

PRISE DE POSITION

sur

le rapport de la Commission d'experts
"Unification de la procédure pénale",

communiquée à l'Office fédéral de la justice le 18 juin 1998.

Le 26 mars 1998, la Fédération a reçu de l'Office fédéral de la justice une invitation à communiquer, lors d'une rencontre qui devait se tenir au mois de juin, sa position sur le rapport "De 29 à l'unité". Elle a immédiatement constitué une commission "ad hoc", à laquelle elle a demandé un avis préalable sur le principe même de l'unification. Sur la base de cet avis, le Comité de la Fédération a décidé de consulter les ordres cantonaux. Toutes les prises de position attendues ne sont pas encore rentrées. La Fédération, une fois de plus, déplore la brièveté excessive des délais que l'Office fédéral de la justice impartit aux organisations consultées; cela est d'autant plus regrettable en l'espèce que le sujet traité présente une grande importance et que les autorités ont attendu plus d'un demi-siècle pour s'en saisir.

I. Généralités

La Fédération tient à relever la qualité de la rédaction et de la présentation du rapport. Le document est agréable à lire et aisé à consulter. Il se concentre sur l'essentiel et présente de manière objective les arguments même en faveur des solutions écartées. Il est donc ouvert sur une critique de son contenu, sur lequel on s'exprimera ci-après.

2. Le principe de l'unification

La Fédération n'est pas convaincue de la pertinence des arguments que le rapport développe à l'appui d'une unification de la procédure pénale. On ne doit pas, en premier lieu, oublier les efforts que les cantons ont accomplis en matière de procédure pénale: ils ont, les uns après les autres, révisé leurs codes et, progressivement, amélioré la position des justiciables et renforcé la garantie des droits de la défense; par l'adoption du Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale, ils ont créé un instrument efficace de collaboration. Il faut en outre se garder de fonder sur l'unification de la procédure des espoirs qui ne manqueraient d'être déçus: la lutte contre le crime organisé ou transfrontalier suppose, outre une volonté politique affirmée, la mise en place d'importants moyens personnels, matériels et financiers et il serait faux d'imputer d'éventuels échecs à l'existence de divers systèmes de procédure.

L'unification de la procédure et de l'organisation judiciaire en matière pénale est une question éminemment politique. La Fédération entend y répondre du seul point de vue des justiciables, c'est-à-dire des prévenus et des victimes; elle fera abstraction des intérêts, sentiments et attachements des juges, avocats, procureurs, policiers ou autres acteurs du procès pénal. Le justiciable attend de l'Etat à la fois l'efficacité de l'appareil répressif et le respect des libertés publiques, plus spécialement des droits de la défense; la réalisation de ces objectifs est pour lui décisive, plus que le choix des moyens mis en oeuvre.

La Suisse est une entité largement unifiée du point de vue économique, politique, administratif et juridique. La Fédération ne se demande pas dès lors, comme l'ont fait les auteurs du rapport, s'il existe des motifs suffisants pour une unification mais elle pose la question en des termes différents: compte tenu du niveau d'intégration atteint par la Suisse et du fait que le droit pénal matériel est unifié, existe-t-il des motifs suffisants pour justifier, dans l'intérêt des justiciables, la multiplicité des droits de procédure ? La Fédération répond par la négative.

Dans ce sens, la Fédération et les ordres cantonaux qui se sont exprimés sont favorables à une unification de la procédure pénale. Cet accord de principe est subordonné à la condition que l'unification se fasse dans l'intérêt véritable des justiciables et donc dans le respect des droits de la défense.

3. L'organisation judiciaire

- a) Spécialement en matière pénale, il existe un lien étroit entre la procédure et l'organisation judiciaire; la réglementation de l'enquête préliminaire de police, par exemple, va différer selon qu'elle est placée sous l'autorité du ministère public ou du juge d'instruction et selon que l'enquête proprement dite ou instruction relève de celui-ci ou de celui-là. Il n'est dès lors pas concevable qu'un code de procédure pénale unifié entre en vigueur sur un territoire où subsisteraient des dizaines d'organisations judiciaires.
- b) Seul le "modèle juge d'instruction II" doit, de l'avis de la Fédération, être écarté d'emblée. Ou bien un juge d'instruction est indépendant et l'on se retrouve, au stade de l'enquête, dans le système inquisitoire (modèle juge d'instruction I) ou dans le système français (modèle ministère public I); ou bien, il dépend du ministère public et il faut alors le traiter comme un simple fonctionnaire et passer au système italien (modèle ministère public II). Un métissage ne présente aucun intérêt et est générateur de confusion.

La Fédération n'a pas d'opposition de principe au modèle inquisitoire retenu dans le rapport. Elle signale toutefois que certains problèmes liés à cette organisation ne sont pas abordés et donc pas résolus.

- Le système inquisitoire repose sur l'idée que le juge d'instruction est un magistrat du siège, choisi parmi les membres d'un tribunal et ayant l'esprit d'un juge, soit la faculté de peser le pour et le contre et d'arbitrer des points de vue contradictoires. Avec la spécialisation, le juge

d'instruction perd ce contact avec ses origines et devient de plus en plus un fonctionnaire enquêteur ("Ermittlungsbeamter"); on ne voit plus guère ce qui, matériellement, le distingue d'un officier de police judiciaire. à cela près qu'il n'a pas de supérieur hiérarchique. Le rapport ne propose aucune solution pour que le juge d'instruction soit, lors de sa nomination, choisi comme un véritable juge et pour qu'il le demeure par la suite.

- Comme le reconnaît le rapport (p. 51), la répression pénale, qui est une activité complexe, n'obéit pas dans les faits au principe de légalité mais d'opportunité, ne serait-ce que parce que les moyens disponibles sont limités et que leur utilisation suppose une coordination et la définition de priorités. Le choix de ces priorités est l'un des objets de la politique criminelle, laquelle n'est d'ailleurs pas évoquée dans le rapport. Il est indispensable de savoir qui fixe les objectifs - tâche politique que le juge n'est pas légitimé à accomplir - et qui veille à la coordination indispensable pour leur réalisation. Il est significatif que le législateur fribourgeois ait, malgré certaines résistances, introduit la fonction du président des juges d'instruction, chargé des relations avec la police, de la distribution des affaires, de l'harmonisation des méthodes de travail et de l'engagement des moyens. Le canton du Valais semble confronté à des problèmes identiques et avoir fait appel à l'un des membres de la Commission d'experts pour tenter de les résoudre. Le rapport n'aborde pas la question ni ne propose de solutions.

- c) La Fédération se demande si le choix définitif du modèle d'organisation judiciaire n'est pas prématuré. Elle suggère que, du point de vue méthodologique, on commence par préparer le texte d'une loi-cadre adaptée aux trois systèmes entrant en considération. On devrait ensuite, sur la base de ce texte et d'une réflexion sur les objectifs de politique criminelle, déterminer si l'un des systèmes apparaît clairement préférable. Rien n'exclut a priori que l'on puisse donner aux cantons le choix entre des variantes, qui seraient bien évidemment définies par la loi fédérale. Une telle méthode pourrait être

préférable à celle qui consiste à opter d'emblée pour la voie de la moindre résistance, soit pour la solution qui limite les adaptations imposées aux cantons.

5.14. Principes généraux régissant la procédure

L'exposé des principes généraux de la procédure appelle les remarques qui suivent:

- a) Le principe de la légalité devrait être rappelé dans un code unifié: nul ne peut être poursuivi ou jugé que dans les cas prévus par la loi, selon les formes qu'elle prescrit et par les autorités qu'elle institue. La loi de procédure doit être respectée et même scrupuleusement, ce qui va de soi en théorie, mais est moins évident en pratique.

Au problème de la légalité est lié plus concrètement celui des nullités des actes de l'instruction ou des actes judiciaires, question non traitée dans le rapport. La nullité - relative ou absolue, limitée à un acte ou étendue aux opérations subséquentes - est, à tout le moins dans certains cas, la sanction indispensable de la violation de la loi. Sans elle, le texte légal est ravalé au rang de directive. Et il appartient au législateur de définir, au moins en termes généraux, les cas dans lesquels une violation de la loi entraîne une nullité. Laisser la question à la jurisprudence est un aveu d'impuissance, un abandon de l'idée même de codification. On attend dès lors d'un futur code qu'il règle la question. Il sera possible, à cet effet, de s'inspirer des solutions légales et jurisprudentielles de pays voisins et l'on renvoie, à titre d'exemples, aux articles 170 à 174 du code français et 177 à 186 du code italien.

- b) Le principe de célérité est rappelé dans le rapport. Il est l'objet des garanties, formulées en termes généraux, découlant des art. 4 Cst et 5 ch. 3 et 6 CEDH (cf. art. 25 ch. 1 projet de constitution). Sa violation peut, dans des cas extrêmes, entraîner une réduction de peine, un non-lieu, une relaxe, une indemnisation (ATF 123 I 429 ss et les arrêts cités). Ces sanctions jurisprudentielles, dont la

mise en oeuvre est toujours incertaine, n'ont pas empêché la multiplication et l'aggravation des cas de retards absolument inacceptables. Ces retards compromettent les buts de politique criminelle ancrés dans la partie générale du code pénal. On cite, à titre d'exemple, le cas du prévenu qui ne saurait échapper à une peine ferme, mais doit attendre plusieurs années son jugement et s'est entre-temps réinséré socialement.

La Fédération demande que le principe de célérité soit concrétisé et elle attend des auteurs du futur code un effort de créativité en la matière. Elle signale une solution méritant examen, celle des dates-butoirs en matière d'instruction, solution consacrée en Italie (art. 405 à 407, art. 553) et dont l'introduction est envisagée en France (Commission de réflexion sur la justice, rapport du 10 juillet 1997).

- c) Le rapport rappelle le principe de la présomption d'innocence; le code devra préciser qu'il s'applique aussi au contenu des communications adressées à la presse.

A l'heure actuelle, les atteintes les plus graves au principe sont moins le fait des autorités que celui de tiers, notamment des médias. On observe avec préoccupation le développement de campagnes de presse qui, avant tout jugement, présentent un prévenu comme coupable, campagnes dont l'intensité pourrait aller jusqu'à compromettre la garantie d'un tribunal indépendant (ATF 116 Ia 23 s.).

Les auteurs du futur code devraient rechercher des solutions qui, dans le respect du principe cardinal de la liberté de la presse, protégeraient les prévenus contre les atteintes à la présomption de leur innocence.

5.152, 5.16, 5.194, 5.195 Les droits de la défense

Les remarques qui suivent sont formulées en prenant pour base la situation du prévenu mais valent également, au moins par analogie, pour les victimes intervenant au procès pénal.

- a) L'art. 28 al. 2 du projet de constitution introduit la défense dans les droits fondamentaux. Il ne fait toutefois que garantir l'exercice des droits de la défense, pour le contenu desquels il renvoie à la loi ou à la Convention européenne, implicitement du moins (Message p. 189). D'où l'importance d'une définition large et précise des droits de la défense dans un futur code.
- b) Tout prévenu privé de sa liberté doit, dès le début de la garde à vue ou de la détention préventive, être assisté d'un défenseur (défense obligatoire). La personne retenue ou incarcérée se trouve, à l'égard des fonctionnaires qui ont ordonné ou exécutent son arrestation, dans un état de totale dépendance physique et psychique; outre cet état de sujétion, la privation de la liberté empêche la personne arrêtée de prendre les mesures indispensables à la défense de ses droits. Elle doit, pour pallier cette situation, être assistée d'un professionnel indépendant des autorités, juridiquement formé et qui lui doive une entière fidélité; c'est le rôle de l'avocat.

Pour le prévenu en liberté, les cas de défense obligatoire devraient être définis en corrélation avec la révision de la partie générale du code pénal. Si l'on peut admettre qu'un prévenu exposé à une amende ou un travail d'intérêt général, voire à une interdiction de conduire, se défende seul, l'assistance d'un défenseur devrait être la règle dès qu'une peine privative de liberté, avec ou sans sursis, entre en considération.

Là où elle n'est pas déjà obligatoire, la défense gratuite doit être accordée de manière large au prévenu indigent. L'aide judiciaire est une concrétisation de l'égalité devant la loi. Or une personne raisonnable et disposant de moyens

suffisants recourt aux services d'un défenseur non seulement lorsqu'elle encourt une peine relativement grave mais dès que la cause, en fait ou en droit, pose des problèmes dépassant ses capacités. Il ne serait pas juste que les indigents fassent les frais de l'inflation du droit pénal.

- c) La faculté pour le prévenu d'être assisté de son défenseur lors de son interrogatoire ou de tout acte auquel il doit participer personnellement, est le coeur des droits de la défense; et ce à tous les stades de la procédure et dès l'enquête préliminaire de police. Nier ce droit revient à nier les droits de la défense; c'est en outre se priver du meilleur moyen de prévenir les traitements inhumains ou dégradants; c'est affaiblir la portée et la valeur d'actes de procédure qui pourraient être utiles à la manifestation de la vérité; c'est permettre à certains prévenus de jeter un soupçon indélébile sur des fonctionnaires qui peuvent avoir agi de manière parfaitement correcte.

La Fédération remercie les auteurs du rapport d'avoir exposé la problématique de l'avocat de la première heure (p. 112), même si la Commission a écarté l'institution. Elle les remercie également de n'avoir pas caché la pauvreté des arguments à l'appui de la solution de la Commission: l'avocat de la première heure représenterait une nouveauté absolue pour la Suisse et entraînerait des charges importantes.

On ne voit pas pourquoi, a priori, il serait interdit au législateur de faire preuve de créativité et d'introduire des innovations, surtout lorsqu'elles permettent au pays de réaliser un progrès juridique. Sous ce prétexte se cache en réalité la crainte de devoir améliorer la formation juridique des policiers et, pour nombre de fonctionnaires ou magistrats, celle de devoir s'adapter à de nouvelles méthodes de travail. Aucun de ces éléments n'est pertinent. Une amélioration de la formation des policiers ne peut être que profitable à tous. Et nonobstant la présence d'avocats, l'interrogatoire ou l'acte de procédure sera conduit par l'agent ou l'officier de police judiciaire, qui pourra empêcher d'éventuelles interventions intempestives. Les questions complémentaires pourront prévenir des

erreurs ou faire apparaître des éléments utiles. Le fonctionnaire compétent, soucieux de la recherche de la vérité et respectueux de la dignité humaine n'aura rien à craindre mais tout à gagner de la présence des avocats. Et les autres n'ont pas leur place dans l'appareil répressif. Les frais éventuels, allégués mais non estimés, ne concerneront que les prévenus indigents; or, si l'on considère les charges globales de l'Etat social, on ne saurait refuser des dépenses proportionnellement très modestes et qui sont nécessaires pour assurer aux indigents, à l'égal des autres citoyens, le respect de leur dignité et de leurs droits fondamentaux.

Pour rassurer l'Office, on signale que dans l'un au moins de nos pays voisins, l'Italie, la faculté pour le prévenu de se faire assister lors de son interrogatoire, dès l'enquête de police, est un droit inaliénable et imprescriptible; la police doit même provoquer la désignation d'un défenseur lorsque le prévenu en est dépourvu (Loi de délégation, art. 2 ch. 5 et 6; code art. 350 et 386). Selon le rapport déjà cité du 10 juillet 1997, la France, elle aussi, envisage de permettre l'intervention du défenseur dès la première heure de la garde à vue. On souhaite d'ailleurs que l'Office ou la Commission fassent ultérieurement appel, pour des informations juridiques et pratiques, à des praticiens provenant de pays étrangers où, comme par exemple en Italie, la législation de procédure pénale est à un degré éminent fondée sur le respect des libertés publiques et des droits de la défense.

L'appui que la Fédération pourra donner à un futur code fédéral sera conditionné à l'introduction du droit pour le prévenu, à tout stade de la procédure, de se faire assister lors de son interrogatoire ou d'un acte équivalent. Ce droit inclut bien évidemment celui du prévenu, même détenu, de s'entretenir librement avec son mandataire, notamment avant l'acte considéré. Si ces droits fondamentaux ne devaient pas être reconnus, la Fédération estimerait préférable que l'on renonce à un code fédéral et que l'on provoque ce progrès indispensable par l'amendement des codes cantonaux et l'évolution de la jurisprudence.

5.19. Les mesures de contrainte

- a) La garde à vue est une institution propre à l'enquête préliminaire de police. Cette dernière, dans la forme que voudrait lui donner la Commission, serait plus ou moins une phase de non-droit. Dans cette perspective, la garde à vue ne saurait dépasser 12 heures, soit le temps nécessaire à l'intervention du juge d'instruction.
- b) L'attribution de la compétence d'ordonner l'arrestation et la détention à un juge indépendant, le juge des libertés, va de soi dans le système "ministère public II". La Commission y renonce (p. 114) pour le motif que, dans le système inquisitoire, le fonctionnaire enquêteur est un juge, le juge d'instruction. L'argument ne convainc pas et l'on signale que, toujours selon le rapport du 10 juillet 1997, la France envisage de séparer le pouvoir d'instruction du pouvoir de placer en détention préventive, ce dernier devant être attribué à un collège de juges. L'atteinte à certaines libertés présente un degré de gravité tel que seul entre en considération pour l'ordonner celui qui dispose du recul nécessaire et ne risque pas d'être obnubilé par le succès de son enquête.

Le prévenu détenu doit pouvoir communiquer sans entrave avec son défenseur et des moyens de contrôle même visuels ne doivent être admis qu'en cas d'abus avéré; la solution prévue dans le rapport (p. 115) est à cet égard inutilement restrictive. On devrait enfin examiner l'introduction de dates-butoirs en matière de détention préventive (cf. art. 145.1 à 145.4 du code français, art. 303 à 305 du code italien).

- c) La Fédération proteste, une fois de plus, contre les atteintes inutiles et disproportionnées qu'apporte au secret professionnel l'avant-projet de Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications ainsi que sur la mise en oeuvre d'appareils techniques de surveillance. Elle fait siennes les préoccupations exprimées par M. le Juge Pettiti dans son opinion concordante jointe à l'arrêt Kopp de la Cour européenne. Elle

rappelle qu'elle s'opposera à toute loi, y compris un code fédéral, qui compromettrait le droit qu'a tout justiciable et citoyen au maintien du secret sur ses relations avec son défenseur.

5.212 L'enquête préliminaire de police

La Commission admet qu'elle ne dispose pas de critères lui permettant, matériellement, de définir l'ampleur maximum de l'enquête de police et le moment à partir duquel le passage à l'instruction est obligatoire (p. 130 s.). La difficulté est classique et parfaitement illustrée dans l'actuelle procédure pénale fédérale.

Le système inquisitoire retenu ne peut fonctionner que si l'activité de police judiciaire, y compris donc dans l'enquête préliminaire, est placée sous la direction et l'autorité effectives du juge d'instruction (cf. rapport p. 76). Il faut donc que le juge soit averti et amené à donner des directives dès que possible.

La seule manière véritablement efficace d'assurer la saisine rapide du juge d'instruction est de limiter les pouvoirs de la police dans l'enquête préliminaire. Ces pouvoirs ne doivent pas lui permettre d'étendre ses investigations mais de conserver les preuves et de s'assurer des personnes jusqu'à l'intervention attendue du juge d'instruction; on relève, à titre d'exemples,

- qu'il n'y a aucune raison de permettre à la police de délivrer des mandats d'amener (cf. rapport p. 111),
- que l'appréhension doit être limitée aux cas de délit flagrant ou de péril en la demeure (cf. rapport p. 111).

Même hors de ces cas, la police devrait communiquer sans délai ses soupçons graves de commission d'une infraction, à tout le moins d'un crime ou d'un délit.

5.23 Les débats

Les propositions de la Commission sur les débats, qui devraient demeurer le coeur du procès pénal, sont encore très succinctes et devraient être développées.

Dans le système retenu, l'immédiateté des preuves et l'oralité des débats peuvent ne plus être totales. Leur restriction ne doit toutefois pas dépasser certaines limites: on devrait, à l'instar du législateur bernois, exiger que les moyens de preuve essentiels soient réadministrés. Si tel n'était pas le cas, les juges laïcs seraient de fait exclus des tribunaux, et ces derniers, faute de pouvoir apprécier l'impression donnée par les personnes entendues à l'instruction, seraient composés de juges mal informés, ce d'autant que le juge d'instruction ne peut plus siéger dans le tribunal de répression.

5.26 Les voies de recours

Le rapport étant muet à ce sujet (p. 164), la Fédération insiste sur la nécessité absolue de permettre au Tribunal fédéral de veiller à l'application uniforme du futur code de procédure pénale. La loi de procédure fera partie du droit fédéral et sa violation dans les débats ou dans la procédure cantonale de recours devra pouvoir être invoquée dans le pourvoi en nullité ou la voie de recours qui le remplacera.

Une voie de droit doit également permettre le libre réexamen de l'application du droit fédéral de procédure dans les décisions cantonales rendues sur recours (Rekurs) contre des actes d'instruction ou des mesures de contrainte. On signale, à cet égard, que le droit français ouvre la voie de la cassation contre les arrêts des chambres d'accusation (code, art. 567).

Une unification du droit de procédure sans mise en place de moyens de droit permettant d'assurer une application uniforme de la loi serait inutile et même dangereuse. Elle laisserait la place à des pratiques divergentes et susciterait une illusion de sécurité plus préjudiciable peut-être que le maintien ouvert de vingt-neuf lois différentes.

Appréciation globale

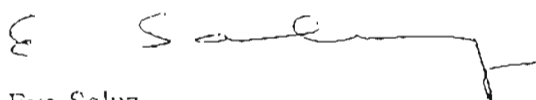
Pour des raisons qui ne correspondent pas entièrement à celles du Rapport, la Fédération peut adhérer à l'idée d'une unification de la procédure pénale, mais sous la condition qu'elle se fasse dans le respect des libertés publiques et des droits de la défense. Elle admet que cette unification implique, dans une mesure importante, celle de l'organisation judiciaire; elle se demande toutefois si le choix du système n'est pas prématuré et ne devrait pas être reporté à un stade ultérieur des travaux.

Tout en reconnaissant ses qualités formelles, notamment dans la présentation, la Fédération estime que le rapport ne dépasse pas encore le stade d'un inventaire, plus ou moins complet, des problèmes à résoudre et des solutions traditionnellement disponibles. Il est plus un état des lieux que l'ébauche d'une oeuvre nouvelle. Une réflexion de politique criminelle, une ouverture sur le droit étranger et un effort de créativité sont encore nécessaires pour la réalisation d'une loi moderne et adaptée aux besoins futurs.

Sur le fond, la Fédération regrette certaines options provisoires qui doivent être impérativement corrigées pour qu'elle puisse défendre l'oeuvre de codification. Les garanties de la défense doivent être consacrées dans un esprit de respect des droits de l'homme; elles impliquent à tout le moins la faculté pour le justiciable, à tous les stades du procès, de communiquer librement avec son défenseur et d'en être accompagné lors des auditions ou autres actes comparables; le secret professionnel doit être protégé sans aucune faille. Le respect de ces droits doit être assuré par un système complet de nullités et de voies de droit.

Le 18 juin 1998

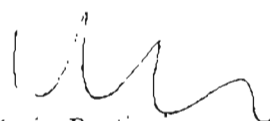
Pour la Fédération suisse des avocats:



Eva Saluz



Jacques Meyer



Mario Postizzi

Dr. iur. Marianne Heer, Staatsanwältin
Zentralstrasse 28
6002 Luzern

Hearing zum Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“ / Stellungnahme zum Fragenkatalog des Bundesamtes für Justiz

VORBEMERKUNGEN

Der Vorstand der SKG hat an seiner letzten Sitzung Herrn Maurice Harrari, Genf, und die Unterzeichnete als Vertreter der SKG für dieses Hearing bestimmt. Es gilt zu beachten, dass die hier geäusserten Meinungen aus internen Gründen nicht auf einer Instruktion durch die Mitglieder bzw. den Vorstand der SKG basiert. Es war aus zeitlichen Gründen auch nicht mehr möglich, eine Arbeitsgruppe zu bilden. Man kann sich also nicht entsprechend abstützen. Herr Präsident Rochat liess denn auch an der diesjährigen Generalversammlung in Zurzach wissen, dass die beiden Vertreter der SKG beim Hearing in Bern ihre private Meinung äussern werden. Immerhin basiert die Meinungsbildung der Vertreter der SKG auf zahlreichen informellen Gesprächen, so dass ihre Aussagen am heutigen Hearing doch über eine ausschliesslich private Meinungsäusserung hinausgehen.

22. JUN

98 311748

BEANTWORTUNG DER FRAGEN**1. Allgemeines****1.1. Beurteilung des Berichtes im allgemeinen**

Der Bericht wird als sehr fundiert und illustrativ erachtet. Es liegt eine gute Arbeit vor, die als Diskussionsgrundlage dienen kann. Obwohl man sich dem vorgeschlagenen Modell der Strafverfolgungsbehörden nicht anschliessen kann, ist ein konkreter Entscheid der Kommission für ein bestimmtes Modell sinnvoll, um die Diskussion anzuregen.

1.2. Allenfalls nicht behandelte Themen

Keine besonderen Bemerkungen.

2. Notwendigkeit der Vereinheitlichung**2.1. Als wie gross beurteilen Sie die Notwendigkeit der Strafprozessvereinheitlichung ?**

Die SKG hat seit langen Jahren immer wieder eine einheitliche Strafprozessordnung gefordert. Zu erwähnen ist nicht zuletzt die Generalversammlung in Bern im Jahre 1993. Die Vielfalt von Prozessordnungen in der Schweiz ist unter verschiedenen Aspekten unbefriedigend.

2.2. Welche Gründe für die Vereinheitlichung stehen im Vordergrund

Zur Begründung einer Vereinheitlichung kann man sich im wesentlichen den Ausführungen im Bericht der Expertenkommission anschliessen. Rechtssicherheit und Transparenz dienen einerseits einer effizienteren Bekämpfung der Kriminalität, obwohl das Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit hier schon sehr viel gebracht hat. Andererseits ist eine Vereinheitlichung auch im Interesse von Beschuldigten bzw. ihren Anwälten, eine Verteidigung kann leichter vorgenommen werden.

Zu einem grossen Teil gibt eine einheitliche StPO allerdings die bestehende Rechtswirklichkeit wieder, wie sie von der Praxis des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshof geprägt wurde und sich auf verschiedene Bundesgesetze oder wohl kaum grundlegend bestrittene Gesetzesentwürfe) stützt. Nicht zu verkennen ist schliesslich , dass verschiedene neue kantonale Strafprozessordnungen in ihrer Ausgestaltung auffällig ähnlich sind. Eine Vereinheitlichung stellt somit nicht einen derart grossen Eingriff in die bisherige Zuständigkeit der Kantone dar.

2.3. In welchen Bereichen des Strafverfahrens sind einheitliche Vorschriften besonders wichtig?

Zu erwähnen sind Probleme des Gerichtsstandes und der Rechtshilfe, Verteidigungs- bzw. Teilnahmerechte von Beschuldigten und Geschädigten sowie Eingriffe in die Grundrechte, d.h. Zwangsmassnahmen wie Hausdurchsuchung, Beschlagnahme, Untersuchungshaft etc.

Zum Thema der Kompetenzen bzw. Behörden- und Gerichtsorganisation wird auf nachfolgende Ausführungen verwiesen.

2.4. Taugliche Alternativen zur Vereinheitlichung?

2.5. Wäre ein blosses Rahmengesetz eine brauchbare Alternative?

Es soll bereits an dieser Stelle angedeutet werden, dass das vorgeschlagene Untersuchungsrichter-Modell I meiner Einschätzung nach wohl kaum genügend konsensfähig sein wird. Ich favorisiere ebenfalls ein anderes Modell. Es ist hier ein politischer Entscheid zu fällen. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, sollte ein Kompromiss angestrebt werden, damit nicht die ganze Vorlage gefährdet wird.

Keine Alternative scheint meiner persönlichen Auffassung nach ein Rahmengesetz zu sein. Ich will allerdings nicht verschweigen, dass ein solches in meinem Umfeld von vielen Kolleginnen und Kollegen befürwortet wird. Dies geschieht dort aber nicht aus irgendeiner bestimmten Ueberzeugung heraus, sondern diese Auffassung ist wohl zumeist als Reaktion auf die Ablehnung

des vorgeschlagenen Modells zu verstehen. Nachdem aber ja, wie bereits erwähnt, zu vielen Einzelfragen bereits eine einheitliche Regelung besteht oder zumindest in nächster Zeit zu erwarten ist, würde ein Rahmengesetz kaum mehr viel bringen.

Ich halte also nochmals fest, dass ich eine Alternative einzig in einem anderen Modell der Behördenorganisation sehe.

3. Gerichtsorganisation

3.1. Wirkungen der Vereinheitlichung auf die Gerichtsorganisation

Sollen die angestrebten Ziele einer Vereinheitlichung konsequent erreicht werden, ist eine Vereinheitlichung der Behördenorganisation und damit ein Eingriff in die kantonale Organisationshoheit unumgänglich. Sie ist auch wünschenswert. 29 unterschiedliche Prozessordnungen bzw. derart unterschiedliche Gerichts- und Behördenorganisationen auf einem kleinen Territorium wie der Schweiz stellen einen heute nicht mehr vertretbaren Anachronismus dar. Die Vereinheitlichung auf diesem Gebiet stellt meiner Auffassung nach denn auch den eigentlichen Gewinn einer schweizerischen StPO dar. Eine koordinierte Verbrechensbekämpfung erfordert eine transparente und überschaubare Organisation der Behörden. Die Zuordnung von Kompetenzen muss einheitlich geregelt sein. Nur dann können Behörden anderer Kantone auch rasch und ohne Einschränkung als Ansprechpartner wirken.

Die Auswirkungen des vorgeschlagenen Modells auf die Organisation in den Kantonen wurde von der Expertenkommission eindeutig unterschätzt. Sie sind ausserordentlich gross. Zum Teil wird an Strukturen gerüttelt, die historisch gewachsen sind. Der Vorschlag ist teilweise mit massiven Änderungen personeller Art verbunden; bestehende Kompetenzen, Hierarchien werden verändert, es wird in eine bestimmte Zuordnungen von Behörden eingegriffen etc. Diese Änderungen sind überdies teilweise von eminenter finanzieller Bedeutung, womit die Durchsetzung des vorgeschlagenen Modells auch aus diesem Grund massiv erschwert sein dürfte.

3.2. Beurteilung des vorgeschlagenen Modells. Vorzug eines Modells.

3.2.1. Insbesondere angesichts des konkreten Bildes, das gesamtschweizerisch in Bezug auf das Strafverfolgungsmodell festzustellen ist, erscheint es mir nicht vertretbar und geradezu unklug, extreme Modelle zu postulieren. Bereits aus diesem pragmatischen Grund fallen für mich das Untersuchungsrichter-Modell I und das Staatsanwalts-Modell II ausser Betracht. Ich komme anderseits auch aus einem Kanton, wo man mit dem Untersuchungsrichtermode II arbeitet und verkenne daher auch die Unzulänglichkeiten dieses Systems nicht.

3.2.2. Das vorgeschlagene Modell wird, so konnte ich mich aufgrund unzähliger Diskussionen vergewissern, in sehr weiten Kreisen abgelehnt. Ich schliesse mich dieser Auffassung an. Die Wahl des vorgeschlagenen Modells erscheint mir sehr widersprüchlich zu sein. Einerseits wird eine effizientere Bekämpfung der Kriminalität als Begründung für eine einheitliche StPO in den Vordergrund gestellt. Die verbesserte Möglichkeit einer koordinierten und gezielten Vorgehensweise wird zu Recht betont. Es sollen Prioritäten gesetzt werden (vgl. Opportunitätsprinzip). Damit wird auch unterstellt, dass Strafverfolgungspolitik betrieben wird. Die Expertenkommission äussert mit den genannten Anliegen selbst gerade eine bestimmte Strafverfolgungspolitik. Unter diesen Umständen muss auch einer bestimmten Behörde zugestanden werden, diese Strafverfolgungspolitik zu definieren und die entsprechenden Interessen gezielt wahrzunehmen. Gerichte bzw. unabhängige Untersuchungsrichter sind naturgemäss ungeeignet, diese Aufgabe wahrzunehmen. Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, welche eine gezielte und effiziente Bekämpfung der Kriminalität in ihrem Pflichtenheft finden, sind der beste Garant für die Bestimmung und Umsetzung einer bestimmten Strafverfolgungspolitik. Einerseits wird deren Arbeit, wie erwähnt, von diesem Ziel geprägt; anderseits identifiziert sich die Staatsanwaltschaft mit dem politischen Denken am ehesten, ohne aber selbst eine politische Behörde oder politisch abhängig zu sein (dies ist für mich unabdingbar!).

Strafverfolgungspolitik muss betrieben werden und wird auch betrieben, dies ist nicht zu verhindern und sachgerecht. Ich möchte aber eine solche Strafverfolgungspolitik keinesfalls den politischen Behörden oder der Polizei überlassen. Gerade dies wird aber mit dem vorgeschlagenen Modell bewirkt.

Die Untersuchungsrichter gehen in ihrer Arbeit hauptsächlich einzelfallbezogen vor. Der Polizei andererseits kommt dabei eine Selbständigkeit und Machtfülle zu, die nicht nachvollzogen werden kann.

Die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach Abschluss der Untersuchung und durch Beweisanträge vor Gericht noch beeinflussen kann, heilt diesen Mangel nicht. In diesem Stadium können die genannten Anliegen nicht mehr sinnvoll durchgesetzt werden.

3.2.3. Ich bin auch der klaren Auffassung, dass das Untersuchungsrichter-Modell I in Bezug auf seine Vorteile überbewertet wird. Die Unabhängigkeit des Untersuchungsrichters wird stark in Zweifel gezogen. Diese wird falsch eingeschätzt. Es ist lebensfremd zu behaupten, dass eine Untersuchung völlig objektiv durchgeführt werden kann. Es gilt zu beachten, dass zumindest ein konkreter Tatverdacht bestehen muss, damit sie überhaupt eingeleitet werden kann. In der Realität besteht also zu Beginn des Verfahrens ein bestimmter Eindruck, eben dieser Tatverdacht. Diesen gilt es zu verifizieren. Der Untersuchungsrichter wird also schon in diesem Stadium des Verfahrens tendenziell zu rechtfertigen versuchen, weshalb die Untersuchung an die Hand genommen wurde. Diese Befangenheit besteht erst recht in einem späteren Stadium des Verfahrens, wenn es gilt, getroffene Zwangsmassnahmen zu rechtfertigen.

3.2.4. Das bei der Modellwahl erkennbare idealisierende Denken in Bezug auf den Untersuchungsrichter korrespondiert mit der falschen Einschätzung der Staatsanwaltschaft. Dieser Behörde wird offenbar jegliche Fähigkeit zur Objektivität abgesprochen. Auch dies entspricht aber nicht der Realität. Die Gerichte weisen in ständiger Praxis darauf hin, dass Staatsanwälte be- und entlastendes Material zu suchen und zu verwerten haben. Dies wird ein seriöser Berufsmann oder eine seriöse Berufsfrau schon aus eigenem Interesse tun. Es will niemand vor einem Gericht Behauptungen vertreten, die in keiner Weise bewiesen und von der Verteidigung ohne weiteres wegdiskutiert werden können. Das sog. Vieraugenprinzip hat sich nach meinen Erfahrungen schon häufig zu Gunsten des Beschuldigten ausgewirkt. Es wird natürlich nicht verkannt, dass die Staatsanwaltschaft auf der Seite der Strafverfolgungsbehörden steht und damit ebenfalls nicht unbefangen ist. Im Gegen-

satz zum Untersuchungsrichter wird ihre Rolle aber klar erkannt. Sie ist in diesem Sinn definiert und es können dieser Parteilichkeit „Korrekturen“ (Verteidigungsrechte des Beschuldigten) gegenübergestellt werden. Diese Verteidigungsrechte sollen im Sinne einer Waffengleichheit auch bestehen, dagegen hat man nichts einzuwenden.

3.2.5. Die Vorteile des Untersuchungsrichtermodells bestehen in Wirklichkeit nicht oder zumindest nicht im dargelegten Ausmass

Es sollen angeblich Doppelspurigkeiten vermieden werden. Aber auch eine Parteivertretung der Staatsanwaltschaft vor Gericht muss intensiv und seriös vorbereitet werden, und ein umfassendes Aktenstudium ist selbstverständlich. Nach Auffassung der Expertenkommission sollen ja auch Korrekturen an der durchgeführten Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft veranlasst werden können, was ebenfalls ein umfassendes Studium des Stoffes voraussetzt.

Uebrigens wird ein Verfahrens- und Haftrichter auch beim vorgeschlagenen Modell wohl mittelfristig nicht unentbehrlich sein. Man hat bereits auf die fehlende Unbefangenheit des Untersuchungsrichters hingewiesen; eine mögliche künftige Rechtssprechung zu dieser Frage wurde im Bericht angedeutet. Es fällt auch auf, dass auf ein anderes Zwischenverfahren, dasjenige einer Anklagezulassung, welches das Verfahren verkompliziert und verzögert und das ich nach meinen Erfahrungen als ineffizient und wenig wirksam empfunden habe, selbst beim vorgeschlagenen Modell nicht unentbehrlich ist.

3.2.6. Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das Untersuchungsrichter-Modell idealisiert wird, d.h. nicht derart gewichtige Vorteile aufweist, wie die Expertenkommission dies vertritt. Andererseits ist dieses Modell gerade angesichts der Tatsache, dass nach moderner Auffassung Strafverfolgungspolitik gezielt betrieben werden muss, mit gravierenden Nachteilen verbunden, die nicht hingenommen werden können.

4. Neue strafprozessuale Instrumente

4.1. Opportunitätsprinzip / Plea bargaining

4.11 Sind Ausnahmen vom Verfolgungszwang grundsätzlich sinnvoll?

4.12 Beurteilung des vorgeschlagenen gemässigten Opportunitätsprinzips?

4.13 Gerichtliche Ueberprüfung von Einstellungsverfügungen?

Es wird ausgegangen von der Erkenntnis, dass ohnehin nicht alle Straftaten überhaupt den Strafverfolgungsbehörden bekannt und damit zu einer Einleitung eines Strafverfahrens führen. Bereits aus dieser Sicht erscheint die Annahme, der Staat könne alles Fehlverhalten strafrechtlich verfolgen, verfehlt. Abgesehen davon ist auf die beschränkten Mittel hinzuweisen, personelle Engpässe sind auch bei den Strafverfolgungsbehörden zu beklagen. Es müssen Prioritäten gesetzt werden. Das Opportunitätsprinzip ist daher als sinnvoll zu betrachten.

Der konkreten Ausgestaltung ist zuzustimmen. Es wird insbesondere festgestellt, dass Willkür nicht Platz greifen kann.

Eine gerichtliche Ueberprüfung von Einstellungsverfügungen erscheint mir unabdingbar.

Das Wegsehen der Polizei, also eine faktische Anwendung des Opportunitätsprinzips, ist nicht zu vermeiden und wird von den politischen Behörden gelenkt, ist allerdings unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit unbefriedigend.

4.14 Plea bargaining

Dieses „Instrument“ ist abzulehnen. Es entspricht nicht unserer Rechtstradition, es verstösst gegen unsere rechtsstaatlichen Prinzipien. Es führt im übrigen auch zu einer Rechtsungleichheit. Der gewandte und anwaltlich gut vertretene Beschuldigte kann besser profitieren davon. Man sieht diesbezüglich auch nicht einen dringenden Handlungsbedarf. Zwar wird nicht verkannt, dass dieses Instrument in der Praxis faktisch zum Zuge kommt. Zu denken ist

an das Strafmandatsverfahren. Immerhin handelt es sich bei diesen Fällen aber um Bagatellfälle oder mindestens Fälle mit geringerem Unrechtsgehalt.

4.2 Kronzeugenregelung

Diese Regelung erscheint mir rechtsstaatlich problematisch zu sein und ist daher abzulehnen. Die Aufklärung von Straftaten ist primär Aufgabe des Staates und nicht Privaten zu überbinden. Anders zu betrachten wäre die Frage nur bei einem Notstand, der aber in der Schweiz nicht einmal in den Ansätzen besteht.

Soweit eine Mitwirkung bei der Aufklärung von Straftaten im Rahmen von Art. 63 StGB berücksichtigt wird, ist dies vertretbar. Auch wäre ein derartiges Verhalten eines Mitbeschuldigten eventuell als besonderen Fall der tätigen Reue zu betrachten, die entsprechende Norm wäre allenfalls umzuformulieren.

4.3. Zeugenschutz

Die Regelung ist zu befürworten. Weitere Zeugenschutzmassnahmen drängen sich im Moment nicht auf.

5. Konzept einer vereinheitlichten Strafprozessordnung

5.1. Allgemeiner Teil

5.11 Anwendungsbereich

5.111 Vorläufiger Ausschluss gewisser Verfahrensbereiche

Ein Einbezug des Jugendstrafrechts wäre zu überdenken. Meines Erachtens lässt sich ein solcher Ausschluss nicht genügend rechtfertigen. Sonst kann man sich grundsätzlich der Expertenkommission anschliessen. Es stellt sich

allerdings die Frage, ob eine Ueberprüfung ausgeschlossener Verfahrensbe-
reiche auf ihre Kongruenz mit der eidg. StPO hin vorzunehmen ist.

Das Verfahren betr. Widerhandlungen gegen kantonales Strafrecht ist nicht
auf eidgenössischer Ebene zu regeln.

5.12 Behörden

5.121 Vollständigkeit der Enumeration der Behörden

Die Frage ist zu bejahen.

Bei der Regelungsdichte, die für die vorgeschlagene StPO gelten soll, er-
staunt es, dass die Organisation der Gerichte völlig den Kantonen überlas-
sen wird. Es kann für die Verfahrensbeteiligten sehr wohl relevant sein und
sollte daher auch eidgenössisch geregelt werden, von welchem Gericht
(Einzelrichter oder Kollegialgericht) welche Delikten beurteilt werden.

5. 122 Unterstellung der Tätigkeit der Polizei im Rahmen des Vorverfah- rens unter die Leitung des Untersuchungsrichters

Dagegen hat man Bedenken aus grundsätzlichen Ueberlegungen. Es wurde
bereits darauf hingewiesen, dass dem Untersuchungsrichter die Kompetenz
abgesprochen wird, hier effizient und zielgerichtet zu agieren. Dies sollte der
Staatsanwaltschaft vorbehalten sein (Staatsanwalts-Modell I). Hat man sich
allerdings für das Untersuchungsrichter-Modell I entschieden, ist diese Rege-
lung konsequent.

5. 123 Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der Exekutive

Der Staatsanwaltschaft kommt eine Zwitterstellung zu. Sie gehört der Verwal-
tung sowie den Gerichten an. Massgebend sollten hier aber die gleichen
Grundsätze sein wie für die die Unabhängigkeit der Gerichte. Damit stimmt
auch die hier vertretene Auffassung überein, dass die Staatsanwaltschaft

nicht reine Partei ist, sondern in gewissem Rahmen auch objektiv tätig sein soll.

Die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft ist meines Erachtens zwingend. Strafverfolgungspolitik, welche Aufgabe der Staatsanwaltschaft zukommen soll, muss ungeachtet des Einflusses der politischen Behörden betrieben werden können. Etwas anderes wird unserem Rechtsstaat nicht gerecht.

5. 124 Obergericht als Rechtsmittelinstanz und Anklagekammer

Dies wird befürwortet.

5. 125 Nichtrichterliche Behörden bei der Beurteilung von Uebertretungen

Gegen eine solche Lösung für Bagatellfälle hat man nichts einzuwenden. Eine richterliche Ueberprüfung solcher Entscheide ist allerdings unabdingbar.

5. 13 Gerichtsstand/ Rechtshilfe

5. 131 Aufnahme der bisher geltenden Bestimmungen in eine eidg. StPO

Dies erscheint sinnvoll.

5. 132 Einziges Rechtsmittel bei Verfahren nach IRSG

Will man die Effizienz hier in den Vordergrund stellen, was vertretbar ist, wäre dies zu befürworten.

5. 14 Grundsätze des Verfahrens

5. 141 Liste der Prozessmaximen

Die Liste ist vollständig.

5. 142 Grundsätze des Datenschutzes

Keine Bemerkungen.

5. 15 Parteien und andere Verfahrensbeteiligte; Verbeiständing

5.151 Zweckmässigkeit der Parteibezeichnung

Die Frage wird bejaht.

5. 152 Auftreten von Privatklägern im Straf- und im Zivilpunkt

Das doppelte Auftreten von Staatsanwaltschaft und Privatklägern im Straf-
punkt befriedigt mich aufgrund meiner Erfahrungen nicht. Der Anspruch auf
Strafverfolgung ist immer noch primär ein staatlicher und wird von der
Staatsanwaltschaft ausreichend vertreten.

5. 153 Regelung der Verteidigung

Man hat keine Einwände. Es fällt auf, dass man hier offenbar keine Reformen
von grosser Tragweite anstrebt.

**5. 154 Höhe der zu erwartenden Freiheitsstrafe als Erfordernis für eine
notwendige Verteidigung**

Man hat sich hier keine abschliessende Meinung gebildet.

5.155 Dauer der Untersuchungshaft für eine notwendige Verteidigung

In Luzern hat man einen Monat als sinnvoll erachtet, welche Praxis sich bewährt hat

5.16 Verfahrensrechte

5. 161 Angemessenheit der Ausgestaltung der Waffengleichheit

Ich habe bereits im Zusammenhang mit der Wahl des Modells der Strafverfolgungsbehörden zum Ausdruck gebracht, dass Waffengleichheit zwischen Strafverfolgungsbehörden und Staatsanwaltschaft akzeptiert wird und zu einem fairen Verfahren gehört. Insbesondere bei dem von mir favorisierten Staatsanwaltschafts-Modell I ist eine solche Waffengleichheit möglichst zu gewährleisten. Immerhin möchte ich aber auf Folgendes hinweisen: Beim Ausbau der Rechte des Beschuldigten haben wir nunmehr einen Standart erreicht, der für alle Beteiligten akzeptabel ist. Bei unseren Verhältnissen besteht kein Anlass dafür, das Thema „Waffengleichheit“ noch weiter in den Vordergrund zu stellen. Es gilt immerhin zu beachten, dass die Gesellschaft einen Anspruch auf Sicherheit bzw. effiziente und erfolgreiche Bekämpfung der Kriminalität hat, welcher den individuellen Rechten eines Rechtsbrechers, der sich über die Interessen der Allgemeinheit im übrigen konkret hinweggesetzt hat, vorgeht.

5. 162 Genügen die besonderen Rechte des Opfers?

Es gilt zu beachten, dass die besonderen Rechte ursprünglich nur Opfern von Sexual- und Gewaltdelikten zuerkannt werden sollten und eine Ausdehnung im Rahmen der politischen Diskussion vorgenommen wurde, die wohl nicht in allen Teilen durchdacht war. Die Anwendung des OHG hat denn auch in der Praxis zu grossen Schwierigkeiten und zu Unzukömmlichkeiten geführt. Man sollte sich wieder etwas vermehrt auf die Grundanliegen des OHG zurückbesinnen. Jedenfalls wird eine weitere extensivere Regelung mit Entschiedenheit abgelehnt.

5. 17 Prozesshandlungen

5. 171 Ergänzung oder Aenderung der Zusammenstellung der Prozesshandlungen der richterlichen Behörden und der Parteien

Die Frage ist zu verneinen.

5. 18 Beweismittel

5. 181 Regelung weiterer Beweismittel

Eine weitere Aufzählung ist nicht notwendig. Es soll hier aber wohl kaum gemeint sein, dass die Beweismittel damit abschliessend aufgezählt sind.

5. 182 Befriedigen die vorgesehenen Grundsätze über die Einvernahme von Zeugen?

Ja.

5. 183 Kinder unter 15 Jahren als Zeugen

Im Kanton Luzern ist diese Regelung ebenfalls statuiert. Man kann sich allerdings fragen, ob diese Altersgrenze angesichts der früheren Reife von Kindern in der heutigen Zeit immer noch sachgerecht ist.

5. 19 Zwangsmassnahmen

5. 191 Vollständigkeit des Katalogs

Ja.

5. 192 Richtigkeit der Höchstdauer der Polizeihaft von 24 Stunden

Diese Regelung ist im Kanton Luzern Gesetz und funktioniert.

5. 193 Anwalt der ersten Stunde

Gegen eine solche Vorschrift kann man Bedenken haben. Das Verfahren würde komplizierter, teurer und länger, was nicht im Interesse des Beschuldigten ist. Eine generelle Zulassung von Anwälten in diesem Stadium des Verfahrens scheint mir übertrieben.

Andererseits entspricht es bereits heutiger Praxis und erscheint in bestimmten Fällen auch sachgerecht, dass die Polizei im Auftrag der Untersuchungsrichter Ermittlungen vornimmt. Auch Einvernahmen werden gerade in komplizierten Fällen (Wirtschaftskriminalität, Drogendelikte in grösserem Rahmen, etc.) häufig an die Polizei delegiert. Dagegen ist an sich nichts einzuwenden, verfügt die Polizei doch häufig über gut informierte oder fachlich spezialisierte Leute, die näher beim untersuchten strafbaren Verhalten sind, allenfalls einen besseren Ueberblick über grössere Zusammenhänge haben oder ein Spezialwissen aufweisen, das der Wahrheitsfindung sehr gut dient. Bei dieser Sachlage sehen wir uns dann vor die Situation gestellt, dass Verteidiger entweder faktisch übergangen werden. Im besten Fall verifiziert der Untersuchungsrichter nämlich im Untersuchungsverfahren die Aussagen des Beschuldigten gegenüber der Polizei nochmals kurz. Dann werden Verteidigungsrechte, die nur im Untersuchungsverfahren bestehen, zur Farce („Bestätigen Sie ihre Aussagen gegenüber der Polizei als richtig?“ „Ja.“). Andererseits befindet sich ein Beschuldigter unter einem gewissen psychologischen Druck, bei früher gemachten Aussagen zu bleiben, so dass eine weitere Einvernahme durch den Untersuchungsrichter, selbst wenn sie in allen Teilen und gehaltvoll wiederholt wird, ein ungutes Gefühl hinterlässt. Insbesondere aber wären solche Doppelspurigkeiten absolut ineffizient. Unter diesen Umständen würde ich eine polizeiliche Einvernahme im Beisein des Verteidigers vorziehen, die dann auch als Beweismittel vollumfänglich verwertet werden kann.

5. 194 Separater Haftrichter

Man hat schon an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass wohl auch beim vorgeschlagenen Modell auf die Dauer ein Haftrichter unumgänglich sein wird. Ein angeblich gewichtiger Vorteil dieses Modells entfällt somit.

5. 195 Obligatorische Haftprüfung nach einer Untersuchungshaft von 30 Tagen

Der Beschuldigte hat bekanntlich in einer solchen Situation einen Verteidiger zur Seite. Sein Recht, sich über die Haft zu beschwerten, sollte genügen.

Beim vorgeschlagenen Modell wäre jedenfalls eine Ueberprüfung durch den Untersuchungsrichter selbst wenig sinnvoll, da er nicht unbefangen wäre.

5. 196 Notwendigkeit der Ueberwachung von Bankkonten

5. 197 Regelung des Einsatzes moderner technischer Ueberwachungsgeräte

Eine besondere Regelung ist nötig.

Der Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte ist unter Umständen von sehr grosser Tragweite für einen Beschuldigten und auch für Dritte. Völlig unbeteiligte Dritte können leicht betroffen sein, obwohl sie eigentlich in keiner Weise mit dem Beschuldigten oder dessen strafbaren Verhalten in Verbindung zu bringen sind. Ein solcher Eingriff soll nur in engen Grenzen zulässig sein. Es stellt sich die Frage, ob diese Massnahmen nur bei ganz bestimmten Delikten, die im Gesetz angeführt sind, möglich sein sollen.

5.2 Besondere Bestimmungen

5. 21 Polizeiliche Ermittlungen

5. 211 Halten Sie die Abgrenzung von selbständigen und unselbständigen polizeilichen Ermittlungen für sachgerecht?

Die Unterscheidung ist gewiss sinnvoll und ist Grundlage der Erkenntnis, dass eine selbständige Tätigkeit der Polizei nur in engen Grenzen zuzulassen ist. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Thema „Anwalt der ersten Stunde“ erwähnt, geht diese Unterscheidung aber an den Problemen vorbei. In der Praxis führt nicht nur das autonome Handeln der Polizei zu einer unbefriedigenden Situation. Eine Gefahr geht auch von den unselbständigen Ermittlungen der Polizei aus. Es besteht mehr und mehr die Tendenz, diese auszuweiten. Zwar sind diese besser kontrollierbar als die selbständige Tätigkeit der Polizei. Aber die dadurch bedingte faktische Umgehung oder Einschränkung der Verteidigungsrechte ist unschön. Es kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden.

Gerade die offenbar auch in der Expertenkommission unbestrittene Erkenntnis, dass die Autonomie der Polizei kritisch und möglichst einzuschränken ist, zeigt einen entscheidenden Schwachpunkt des Untersuchungsrichter-Modells I auf. Bei diesem Modell wird die Machtfülle der Polizei faktisch noch verstärkt, da eine Schar von Untersuchungsrichter denkbar ungeeignet ist, eine effektive Kontrolle der Polizei vorzunehmen. Diese untersteht damit effektiv nur noch einer politischen Behörde. Der Freiraum der Polizei ist gross. Sie hat es in der Hand, die Justiz mit Fällen zu bedienen oder nicht, Fälle zu verfolgen oder nicht etc. Es ist für einen einzelnen Untersuchungsrichter, der regelmässig nur mit einem einzelnen Fall befasst ist, unmöglich, sich über die polizeiliche Tätigkeit einen zuverlässigen Ueberblick zu verschaffen.

5. 212 Wann sollte die selbständige Ermittlungstätigkeit der Polizei spätestens enden?

Man verweist auf die zutreffenden Bemerkungen im Bericht der Expertenkommission. Es wurde aber bereits darauf hingewiesen, dass mit einer sol-

chen Einschränkung der Autonomie der Polizei noch lange nicht alle Probleme gelöst sind.

5. 213 Vollständigkeit der Ermittlungshandlungen der Polizei und richtige Darstellung?

Die Darstellung durch die Expertenkommission ist zutreffend. Die Abgrenzungsprobleme wurden bereits von der Expertenkommission erkannt.

5. 214 Delegation von Einvernahmen des Beschuldigten an die Polizei

Eine solche Delegation ist sinnvoll. Gerade im Bereich der Wirtschaftskriminalität oder beispielsweise auch bei der Drogenkriminalität sind bei der Polizei Spezialisten an der Arbeit, die ihre besonderen Kenntnisse gezielt einsetzen können, während die Untersuchungsrichter als Allrounder mit beschränktem Personal bald einmal an Grenzen stossen. Dann müssten aber die Verteidigungsrechte des Beschuldigten Geltung beanspruchen können.

5. 215 Generelle Ermittlungsaufträge des Untersuchungsrichters an die Polizei

Hier hat man Bedenken. Die Arbeit der Polizei soll möglichst kontrolliert werden und effizient sein.

Man verweist darauf, dass das Untersuchungsrichter-Modell I abgelehnt wird.

5. 23 Möglichkeit des Schuld- bzw. Tatinterlokuts

Dies wird als gutes Novum erachtet.

5. 232 Beschränkte Unmittelbarkeit für die Beweisaufnahme

Dies wird befürwortet. Soweit vor allem aus Kreisen der Wissenschaft eine Verstärkung des Unmittelbarkeitsprinzips gefordert wird, muss auf das Bedürfnis nach Effizienz und nach einer beförderlichen Erledigung eines Falles hingewiesen werden. Auch ist die gelegentlich hörbare Meinung verfehlt, Unzukömmlichkeiten des Untersuchungsrichter-Modells I könnten über eine Ausdehnung des Unmittelbarkeitsprinzips aufgefangen werden.

5. 233 Verzicht auf die Motivierung des Urteils bei weniger gravierenden Fällen

Man hat im Kanton Luzern eine solche Möglichkeit neu eingeführt. Ich habe gewisse Bedenken dagegen gehabt, da eine echte Auseinandersetzung mit den Argumenten der verfahrensbeteiligung oft durch die Pflicht zur Ausformulierung der Begründung gewährleistet ist. Nachdem aber die Kapazität der Gerichte beschränkt und eine Verbesserung der Situation angesichts des Sparwillens der Politiker nicht abzusehen ist, muss hier wohl kapituliert werden. Immerhin gilt es zu vermeiden, dass das Recht des Beschuldigten auf eine Begründung auf dem Weg einer zusätzlichen Belastung mit Kosten faktisch illusorisch gemacht wird, wie ich dies auch schon gesehen habe.

5. 24 Zivilklage

5. 241 Konstituierung einer geschädigten Partei als Zivilpartei

Dies ist sinnvoll. Die Mitwirkung der geschädigten Partei hat sich aber auf den Zivilpunkt zu beschränken.

5. 242 Vorschriften des OHG über die Modalitäten der gerichtlichen Beurteilung von Zivilansprüchen in der neuen StPO?

Keine Einwände.

5. 25 Besondere Verfahren

5. 251 Normierung anderer besonderer Verfahren?

Nein

5. 26 Rechtsmittel

5. 161 Appellation gegen Urteile und Beschwerde gegen richterliche Verfügungen

Der Grundsatz wird befürwortet.

5. 27 Kosten und Entschädigung

5. 271 Angemessenheit der ausnahmsweisen Kostentragungspflicht des Beschuldigten bei Einstellung und Freispruch ?

Die Frage ist zu bejahen.

5. 272 Anspruch auf Entschädigung für Personen, die zu Unrecht verfolgt oder verurteilt wurden?

Keine Einwände.

5. 28 Rechtskraft und Vollstreckung

5. 281 Zutreffende Umschreibung der Bereiche des an sich kantonalen Vollstreckungsrechts?

Ja.

6. Weitere Themen

Keine weiteren Bemerkungen

Luzern, 15.6.1998

Für die SKG

A handwritten signature in black ink, reading "Marianne Heer". The signature is written in a cursive style, with the first name "Marianne" and the last name "Heer" clearly distinguishable.

Dr.iur.Marianne Heer



Institut de droit judiciaire

BFSH 1 - 1015 Lausanne

Tél. 021/692'28'30

Fax 021/692'28'35

Prof. Laurent Moreillon

Tél. 021/692'28'36/38

Fax 021/692'28'39

Département fédéral
de justice et police
Office fédéral de la justice
Division de droit pénal

3003 Berne

A l'att. de MM. Muller et
Ulrich

Lausanne, le 17 juin 1998

Unification de la procédure pénale. Hearings portant sur le rapport de la commission d'experts

Messieurs,

Dans le cadre de l'audition des deux représentants de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, soit le Professeur Jean Gauthier, ainsi que le soussigné, je vous communique la prise de position écrite de la Faculté de droit.

1.- Généralités

De façon générale, la Faculté estime que la plupart des questions et thèmes sont traités dans le rapport établi par le Département fédéral de justice et police du mois de décembre 1997. Elle n'a donc pas de propositions particulières à formuler.

2.- Nécessité de l'unification

La Faculté se montre favorable à l'idée de l'unification de la procédure pénale en Suisse. Elle considère que la rédaction d'une loi fédérale ou d'un code de procédure pénale est l'occasion de prendre acte de l'évolution de la jurisprudence sur les droits des parties (art. 4 Cst et 6 CEDH). D'autre part, il s'agit aujourd'hui de mettre en oeuvre de façon uniforme la mise en application du code pénal suisse. Dans la mesure où le législateur fédéral a déjà franchi le pas en adoptant la LAVI, l'oeuvre du législateur peut être poursuivie jusqu'au bout.

3.- Organisation judiciaire

De façon générale, la Faculté n'a pas de remarques particulières à apporter puisque le modèle proposé par la commission d'experts présente de nombreuses analogies avec la solution actuelle retenue par le législateur vaudois.

4.- Nouveaux instruments de procédure

4.1 Principes de l'opportunité et du Plea Bargaining

S'agissant tout d'abord du *principe de l'opportunité*, un code de procédure unifié doit régler expressément la question. A l'instar de la commission d'experts, on doit se montrer favorable à l'application de ce principe, cependant limité à des cas « *bagatelles* ». Cette solution est préconisée d'ailleurs par certains auteurs (voir notamment Martin Killias, *Précis de droit pénal général*, No 818 à 840, p. 121 à 132, Berne 1998). Dans tous les cas, la décision de classement doit être motivée et soumise au contrôle juridictionnel, sans égard à la nature de l'infraction.

S'agissant du *Plea Bargaining*, on doit rappeler que les accords entre les parties au procès pénal (ou leurs conseils) relèvent de la pratique plutôt que de la législation. Ceux-ci ne sont admissibles, au regard du droit constitutionnel, que dans le respect du principe de l'égalité des parties (égalité des armes) et du droit d'être entendu.

Il ne faut cependant pas perdre de vue le risque, signalé par Werner Schmidt-Hieber (das Bedürfnis nach Absprachen zwischen Verfahrensbeiteiligten, in RPS 111 (1993) p. 147 et ss, spéc. p. 155, chapitre IV.2) que l'accord profite presque exclusivement aux prévenus disposant de grands moyens financiers, assistés de défenseurs qui consacrent beaucoup de temps à la défense de leur cause. Pour d'autres auteurs (André Kuhn Le Plea Bargaining américain est-il propre à inspirer le législateur suisse ? in RPS 116 (1998) p. 73 et ss, spéc. p. 94, chapitre VII), le remède serait dans l'application du principe de l'opportunité des poursuites. En l'état, il semble difficile de préconiser des règles de procédure relatives aux accords entre les parties au procès pénal, qui revêtiraient une portée générale.

4.2 Réglementation du témoin de la Couronne

A la suite de Niklaus Schmid (*Strafprozessrecht*, 3^{ème} édition, Zürich 1997, No 113 p. 33), la Faculté de droit considère qu'il n'est pas admissible d'assurer l'impunité à l'un des participants au délit qui se déclare prêt à déposer contre ses complices en qualité de témoin de la Couronne. L'article 260 ter ch. 2 CP permet au juge d'atténuer librement la peine (art. 66 CP) à l'égard de celui qui, ayant adhéré à une organisation criminelle ou l'ayant soutenue, s'est ensuite efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation.

5.- Canevas d'un code de procédure unifié

5.11 Champ d'application du code

La Faculté de droit approuve que le code projeté ne contienne aucune disposition de procédure relative au droit pénal des mineurs. Dans la mesure où l'on tend vers l'adoption d'une loi fédérale sur la condition pénale des mineurs, il est préférable de compléter ledit projet par des dispositions de procédure.

Par ailleurs, la Faculté considère que les cantons devraient introduire une juridiction d'appel à l'encontre du jugement final, ainsi qu'une chambre d'accusation s'agissant des mesures prises en cours d'enquête. En revanche, il ne devrait pas y avoir d'instance de « *recours* » cantonale, la matière relevant exclusivement des autorités judiciaires fédérales. De même, les cantons devraient conserver - pour ceux qui ont fait usage de cette possibilité - le recours à des autorités non judiciaires (par exemple préfet) pour le jugement des contraventions. Il s'agit cependant de respecter la lettre de l'article 345 CP ainsi que la jurisprudence relative à l'article 6 CEDH (arrêt Belilos). Il est en effet indispensable que la décision préfectorale puisse être contrôlée le cas échéant par l'autorité judiciaire.

5.13 For / entraide judiciaire

De façon générale, les règles du Code pénal en matière de for et les dispositions du concordat sur l'entraide judiciaire intercantonale peuvent être intégrées dans un code de procédure pénale unifié. Il serait cependant utile de compléter ces règles par une disposition relative aux accords passés entre autorités cantonales, voire entre elles et les autorités fédérales. Il s'agirait à tout le moins de codifier les règles générales dégagées par la jurisprudence. S'agissant de la procédure d'entraide EIMP, il paraît en revanche difficile de restreindre les possibilités de recours. En effet, la solution doit être compatible avec la règle posée à l'article 98 OJF qui exige sous lettre g) que la décision ait été prise par une autorité cantonale statuant en dernière instance.

5.15 Les parties et autres intervenants à la procédure

La Faculté devrait considérer qu'il est indispensable qu'un code de procédure pénale unifié définisse une fois pour toutes ce qu'il faut entendre par prévenu. On peut d'autre part regretter que le « *suspect* » ne se voie pas conférer certains droits, en particulier lorsqu'il est gardé à vue (sur ces questions, voir notamment Gérard Piquerez, Les droits de la défense dans le procès pénal suisse, in Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale, Genève 1997, p. 71 et ss).

5.16 Droits des parties en procédure

S'agissant de l'égalité des armes entre parties au stade de l'instruction préparatoire, la Faculté de Droit exprime certains doutes. Il paraît en effet difficile de mettre en pratique ce principe dès l'instant où le Juge d'instruction est saisi du dossier. A son avis, le principe de l'égalité des armes ne peut se comprendre que dans le cadre d'une procédure contradictoire.

5.18 Les moyens de preuve

Il n'y a semble-t-il pas d'autres moyens de preuve que ceux énumérés dans le rapport. Pour la Faculté de Droit, un code unifié devrait réglementer de façon exhaustive la question des preuves recueillies « *illicitement* » (voir notamment arrêt Schenk). Dans la mesure en effet où la police tente, par ce biais, d'arracher l'aveu de l'auteur présumé de l'infraction et que la preuve pourrait ainsi être « *sollicitée* », de telles pratiques devraient être proscrites.

5.19 Les mesures de contrainte

Le catalogue proposé des mesures de contrainte paraît complet. A l'heure actuelle, la surveillance des comptes bancaires n'est pas prévue par une disposition expresse des lois de procédure pénale en vigueur. Dans son commentaire de l'article 305 bis CP, relatif au blanchiment d'argent, Jürg Beat Ackermann recommande de ne mettre en oeuvre une pareille surveillance qu'en accord avec la banque et relève qu'en pareil cas la base légale fait purement et simplement défaut.

Pour le surplus, la Faculté de Droit ne voit pas la nécessité d'instituer, dans le cadre de la garde à vue, la création d'un poste « *avocat de première heure* ». La question devrait plutôt être réglée sous l'angle des droits du suspect, qui se verrait garantir la faculté d'appeler, depuis le poste de police, un avocat, qui pourrait ainsi intervenir.

5.23 Les débats

La Faculté ne voit pas la nécessité, sur le plan pratique, de séparer les débats en deux parties (Schuldinterlokut ou Tatinterlokut), même au regard de la protection conférée par l'article 27 CC.

5.24 L'action civile

Conformément à la solution vaudoise, la Faculté de Droit considère que toute personne lésée par une infraction doit pouvoir se constituer partie civile. D'autre part, il serait judicieux d'introduire dans le code unifié les dispositions de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions.

5.26 Voies de recours

Sur le plan cantonal, seul l'appel devrait être reconnu. Il ne faut pas cependant perdre de vue que cette voie débouche parfois sur une annulation du jugement. Tel est ainsi le cas lorsque la procédure est entachée d'un vice de forme qui affecte l'instruction ou les débats qui précèdent le jugement. En pareil cas, pour assurer la garantie du double degré de juridiction, il est indispensable que la Cour d'appel mette le jugement à néant et renvoie la cause au juge de 1ère instance pour qu'il remédie au vice constaté et prononce un nouveau jugement. Telle est la solution visée par l'article 193 ch. 3 CPP du code valaisan du 22 février 1962, modifié par une loi du 13 mai 1992.

S'agissant des recours fédéraux, l'unification de la procédure pénale aura pour effet de substituer, aujourd'hui, le pourvoi en nullité, demain, le recours en matière pénale, au recours de droit public pour violation des droits constitutionnels dans l'interprétation et l'application des règles de la procédure.

Dans le cadre de la rédaction du projet, il y aura lieu de tenir compte de la conformité des règles de la procédure fédérale avec le droit constitutionnel interne et international (libertés personnelles, Convention européenne des droits de l'Homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques). En l'état, seule l'interprétation conforme au droit constitutionnel pourra être invoquée par les parties et examinée par la Cour. A terme, l'article 89 LTF, selon le projet présenté en juin 1997 par la commission d'experts pour la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, permettrait aux recourants de faire valoir qu'une disposition de droit fédéral viole les droits garantis par la Constitution fédérale ou le droit international. Il faudra alors veiller à ce que les droits des parties ne soient pas réduits par un effet non voulu de l'unification de la procédure.

Par ailleurs, s'agissant des mesures prises en cours d'enquête par le Juge d'instruction et confirmées par une chambre d'accusation cantonale, le recours de droit public au Tribunal fédéral ne subsisterait pas puisqu'il ne s'agirait plus de droit cantonal, mais de droit fédéral. Sur ce point, on doit se demander quel recours devrait être intenté devant le TF. L'articulation avec le projet de la loi

fédérale sur le TF devra être examinée. La mise en détention préventive n'est certainement pas une décision finale qui met fin à l'instance au sens de l'article 83 LTF. On ne sait pas non plus s'il s'agirait alors d'une décision incidente dont il résulterait un préjudice irréparable au sens de l'article 86 al. 1er lettre a) LTF. On ignore aussi si le recourant pourrait invoquer non seulement une violation du droit fédéral mais aussi faire valoir qu'une disposition d'une loi fédérale viole les droits garantis par la Constitution fédérale ou le droit international, au sens de l'article 89 al. 1er LTF.

Veuillez agréer, Messieurs, l'expression de mes sentiments distingués.

Laurent ~~Moreillon~~ Moreillon, prof.



Genève, le 26 juin 1998

Dr. Peter MÜLLER
Vice-directeur
Office fédéral de la justice
3003 BERNE

Concerne : Unification de la procédure pénale en Suisse

Monsieur le Vice-directeur,

Je fais suite aux auditions organisées par vos soins en date du 18 juin dernier et vous communique ci-dessous, en complément à mon intervention orale, mes observations relatives au rapport intitulé "De 29 à l'unité – Concept d'un code de procédure pénale fédéral".

Dans la mesure où le rapport précité n'a pas fait l'objet d'une discussion au sein de l'Université de Genève, ni même à l'intérieur de la Faculté de droit, les remarques qui suivent reflètent pour l'essentiel mes opinions personnelles.

1. Appréciation générale du rapport

Le document établi par la Commission d'experts "Unification de la procédure pénale" est indéniablement le fruit d'un travail sérieux et constitue une bonne base de discussion. Il aborde l'ensemble des sujets devant être traités dans un code de procédure pénale unifié.

2. La nécessité d'une unification

Classiques au demeurant, les motifs avancés en faveur d'une unification complète de la procédure pénale en Suisse convainquent pour l'essentiel. Il conviendrait tout au plus de relativiser l'argument, plus politique que juridique,

tiré de l'émergence de formes modernes de criminalité (Rapport p. 24-25). En effet, l'efficacité de la répression dans ce domaine repose principalement sur la volonté des différents organes de la justice pénale d'assumer leurs responsabilités et sur les moyens mis à leur disposition pour ce faire. S'il peut assurément faciliter la tâche des acteurs du procès pénal, un code unifié ne représentera pas le remède miracle contre "le crime organisé ou la criminalité économique complexe avec leur caractère transfrontière marqué" (Rapport p. 24).

C'est à juste titre que la Commission d'experts a renoncé au scénario d'une unification seulement partielle au moyen d'une loi-cadre. Les difficultés soulevées par la mise en oeuvre d'une disposition telle que l'art. 8 LAVI (voir ATF 120 IV 44), pour ne citer que cet exemple, démontre à satisfaction que ce type de législation crée davantage de problèmes qu'elle n'en résout. Contraindre les "consommateurs" du droit de procédure pénale à jongler avec des règles édictées pour partie par le législateur fédéral et pour partie par les législateurs cantonaux, c'est programmer la paralysie du système. Autant alors en rester au régime actuel et à ses "moindres" imperfections.

3. L'organisation judiciaire

a) *L'intervention du législateur fédéral dans l'organisation judiciaire cantonale*

Le constat selon lequel une unification de la procédure pénale ne se conçoit pas sans effet en matière d'organisation judiciaire est à l'évidence exact. A mon sens, l'intervention du législateur fédéral dans ce domaine doit cependant aller au-delà de ce que propose la Commission d'experts.

Si le modèle de poursuite choisi, le contrôle de l'activité du juge d'instruction ou encore la généralisation de l'appel ne se conçoivent pas sans création des autorités nécessaires au niveau du droit fédéral, ce dernier se doit aussi de régler, par exemple, la composition et la compétence *ratione materiae* des juridictions du jugement de première instance (cf. Rapport p. 77, où il est proposé de laisser les cantons libres de régler ces questions comme bon leur semble). Bien que l'on ne doive pas sous-estimer l'aspect politiquement sensible d'une intervention du législateur fédéral dans l'organisation judiciaire cantonale, force est néanmoins de reconnaître que rien ne peut justifier qu'une même infraction soit jugée par des magistrats professionnels dans un canton, par un jury classique dans un autre ou encore une juridiction mixte dans un troisième. Renoncer dans toute la mesure du possible à régler au plan fédéral les questions d'organisation judiciaire équivaut ni plus ni moins à abandonner certains des objectifs poursuivis par l'unification, singulièrement la meilleure lisibilité du système et la suppression des inégalités de traitement.

b) *Le modèle de poursuite*

Pierre d'achoppement de la réforme, le modèle de poursuite choisi par la Commission d'experts (Juge d'instruction I) me paraît-offrir un bon compromis entre les impératifs (parfois contradictoires) d'efficacité et de protection des droits des justiciables.

Moyennant quelques aménagements, le système retenu me semble tout d'abord offrir un bon rempart face aux dérives auxquelles le modèle Ministère public I est exposé et qui sont parfaitement illustrées par la PPF telle que nous la connaissons aujourd'hui. *De lege lata*, le procureur général de la Confédération dispose exactement des mêmes pouvoirs que le juge d'instruction fédéral, qu'il s'agisse de l'administration des preuves ou du recours à des mesures de contrainte. Le modèle Juge d'instruction I évite une telle *Doppelspurigkeit* et permet de garantir dès le départ une conduite judiciaire de l'instruction, par un magistrat qui n'apparaîtra plus dans les phases subséquentes de la procédure, singulièrement les débats.

Un argument avancé par la Commission d'experts à l'appui du modèle Juge d'instruction I (Rapport p. 38) mérite cependant d'être clairement réfuté. La direction proprement judiciaire de l'instruction préparatoire ne saurait en aucun cas justifier de trop larges exceptions au principe de l'immédiateté des débats. C'est en effet un devoir inaliénable du juge du fond que de porter un regard neuf sur la cause qui lui est soumise ; le rôle de ce magistrat ne peut en aucune manière être réduit à celui d'une chambre d'enregistrement des éléments probatoires recueillis au préalable. Des exceptions au principe de l'immédiateté des débats ne sont admissibles que dans des situations marginales exhaustivement énumérées par loi, par exemple en cas de mémoire défaillante d'un témoin ou d'impossibilité d'obtenir sa comparution.

4. Les nouveaux instruments de procédure

a) *Le principe de l'opportunité limitée des poursuites*

La proposition de la Commission d'experts de prévoir un système d'opportunité limitée des poursuites mérite d'être approuvée. Une énumération dans la loi des motifs admissibles de renonciation à la poursuite permet de faire obstacle à des pratiques sauvages de classement telles qu'elles se sont par exemple développées dans le canton de Genève (abandon des poursuites moyennant l'engagement de l'inculpé à payer les frais de justice, à renoncer à toute indemnisation pour poursuite ou détention injustifiées, à abandonner l'exercice d'une profession déterminée, etc.).

Aux motifs de classement en opportunité retenus par les experts (Rapport p. 49-51), on pourrait envisager d'ajouter l'absence de collaboration du lésé ou de la victime à l'enquête (ATF 120 IV 110-111, relatif à des infractions

exclusivement poursuivies sur plaintes), la disproportion manifeste des investigations à effectuer au regard de la gravité de l'infraction et de l'importance de l'intérêt public à la sanctionner (ATF 120 IV 43), ou encore l'écoulement sans faute des autorités d'un temps relativement long depuis la commission de l'infraction.

b) *Le plea bargaining*

L'attitude de rejet manifesté par la Commission à l'égard de l'institution du *plea bargaining* mérite à mon sens d'être revue. D'une part, il est notoire que de telles pratiques existent aujourd'hui déjà. D'autre part, certains cantons sont sur le point de légiférer en la matière ; ainsi existe-t-il à Genève un avant-projet de transaction pénale, aux termes duquel le procureur général et la défense peuvent négocier une condamnation pénale à trois ans de réclusion au plus pour des infractions contre le patrimoine, l'accord intervenu devant être avalisé par une autorité judiciaire.

Au-delà de la controverse que l'institution du *plea bargaining* peut légitimement susciter, il me paraît préférable d'arrêter législativement les règles d'un jeu qui risque autrement de déboucher sur des pratiques anarchiques.

Concrètement, on pourrait imaginer que les parties (y compris un éventuel lésé) soumettent l'accord intervenu entre elles au juge, lequel, dans le cadre d'une audience orale et publique s'assurerait successivement que les charges retenues trouvent une assise suffisante dans la procédure, que les faits ont été correctement qualifiés en droit, que la sanction est adéquate et que l'accusé – obligatoirement assisté d'un avocat – renonce librement et en pleine connaissance de cause à être jugé selon les formes complètes exigées par le droit constitutionnel (art. 4 Cst.) et conventionnel (art. 6 CEDH).

c) *Le témoin de la couronne*

A l'inverse du *plea bargaining* et pour les motifs figurant dans le rapport, l'institution du témoin de la couronne n'a pas sa place dans un code de procédure pénale fédéral unifié.

d) *La protection des témoins*

Ici aussi, on peut entièrement souscrire aux propositions de la Commission d'experts.

5. Le canevas d'un code de procédure pénale unifié

a) *Le champ d'application*

Empreintes de sagesse, les propositions de la Commission d'experts méritent d'être approuvées. En particulier, la réglementation de la procédure pénale applicable à la poursuite et au jugement de délinquants mineurs devra faire l'objet d'une législation séparée, par exemple sur le modèle du *Jugendgerichtsgesetz* (JGG) allemand.

b) *Les autorités de l'administration de la justice pénale*

L'indépendance du Ministère public face au pouvoir exécutif se doit impérativement d'être totale.

Comme cela a déjà été relevé (*supra* 3 a), les questions de composition et de compétence *ratione materiae* des tribunaux doivent être réglées au niveau fédéral, sans laisser de place aux originalités cantonales.

Parmi les autorités administratives investies de compétences pénales, il conviendrait de ne pas exclure a priori la police judiciaire.

c) *Le for intercantonal*

Si le transfert des art. 346 à 350 CP dans un code unifié s'impose à l'évidence, il conviendrait, sur le fond, d'essayer de simplifier la réglementation actuelle. Sur la forme, l'art. 351 CP s'avère effectivement insuffisant et pourrait par exemple être remplacé par une codification, elle aussi simplifiée, de la jurisprudence actuelle de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral.

d) *L'entraide judiciaire*

Dans la mesure où elle concerne les relations intercantionales, cette matière se doit de figurer dans le droit unifié. En revanche, on ne comprend pas très bien l'utilité d'une "section consacrée à la compétence territoriale des autorités judiciaires cantonales et fédérales" (Rapport p. 81) : pourquoi diable rétablir les frontières intercantionales qu'un code de procédure pénale fédéral unifié permet précisément d'abattre ?

S'agissant de l'entraide judiciaire internationale, la matière est régie par l'EIMP, laquelle ne mérite pas en l'état d'être retouchée. En particulier, la question de la suppression d'une voie de recours au niveau fédéral (Rapport p. 82) sort du contexte présentement discuté. Tout au plus devra-t-elle être abordée lors de la nécessaire harmonisation entre le nouveau code de procédure pénale fédéral et la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral.

e) *Les principes généraux régissant la procédure pénale*

La liste établie par la Commission d'experts (Rapport 83-86) n'appelle pas de commentaires particuliers. Tout au plus conviendrait-il également de rappeler les principes de la libre appréciation des preuves (cf. art. 249 PPF) et de l'oralité des débats. La garantie du droit d'être entendu pourrait être remplacée par la garantie, plus large, du procès équitable (au sens de l'art. 6 CEDH).

A l'enseigne du secret de l'instruction préparatoire, le code de procédure pénale fédéral unifié devrait enfin comporter une base légale expresse permettant aux autorités d'imposer également à des tiers, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, le secret sur certaines opérations d'enquête, par exemple une perquisition et une saisie opérées auprès d'une banque.

f) *Les acteurs de la procédure et leur droit d'être assisté*

Sur le fond, le nouveau droit devra s'attacher à définir de manière particulièrement soigneuse le statut, les droits et les obligations du tiers frappé par une mesure de confiscation ou chargé d'une créance compensatrice au sens de l'art. (58 et) 59 CP. Ce faisant, le code unifié se conformerait à une exigence jurisprudentielle déjà ancienne et récemment encore rappelée par le Tribunal fédéral (ATF 121 IV 365).

S'agissant de la terminologie, la dénomination "partie plaignante" me paraît inadéquate. En effet, un lésé ou une victime peut avoir un intérêt à participer à la procédure pénale sans être un plaignant au sens technique de l'art. 28 CP. Il suffit de penser au lésé ou à la victime d'une infraction qui se poursuit d'office ou qui peut être poursuivie sur la plainte d'un tiers non-lésé (par exemple les autorités visées à l'art. 217 al. 2 CP en matière de violation d'une obligation d'entretien). Il convient dès lors de préférer la terminologie plus neutre et plus usuelle de "partie civile", qui s'appliquera à tout plaignant (qu'il soit ou non lésé), tout lésé et toute victime qui manifestent leur volonté d'intervenir dans la procédure en qualité de partie.

Pour la désignation du défendeur à l'action publique, le vocable "prévenu" représente sans doute un choix adéquat pour toute la phase de la procédure comprise entre l'ouverture de la poursuite et la clôture de l'instruction préparatoire. Dès le renvoi en jugement, il convient en revanche d'utiliser le terme consacré d'"accusé", puis après une éventuelle condamnation, celui de "condamné". En revanche, l'abandon du vocable "inculpé" est conforme à la logique d'un système qui, si l'on comprend bien, renonce à l'institution (d'origine française) de l'inculpation en tant qu'acte formel du juge d'instruction au profit d'une conception (d'inspiration germanique) privilégiant une définition matérielle du défendeur à l'action pénale comme étant celui contre lequel les poursuites sont effectivement dirigées.

Les propositions de la Commission d'experts relatives à l'assistance des parties et des autres intervenants dans la procédure peuvent en l'état être approuvées.

g) *Les droits des parties dans la procédure*

L'énumération des droits reconnus aux parties (et aux autres intervenants dans la procédure) apparaît comme complète. L'option de la Commission d'experts en faveur d'une instruction préparatoire de type contradictoire, avec accès au dossier et possibilité pour les parties de se faire assister (Rapport p. 96-97), mérite pleinement d'être approuvée. Au stade de l'élaboration du texte, il s'agira simplement de veiller à ce qu'une telle déclaration de principe ne soit pas vidée de sa substance par des règles dérogatoires – évidemment nécessaires – formulées en des termes trop généraux et/ou abstraits. A cet égard, le simple renvoi à la "gravité particulière" de l'affaire ne constitue pas à mon sens un rempart suffisant.

D'autre part, dans le prolongement du système choisi d'une instruction préparatoire de type monobloc (*eingliedrig*), il n'y a pas lieu de faire de différence selon que les opérations préliminaires d'enquête sont effectuées par la police judiciaire ou par le juge d'instruction. Concrètement, cela signifie que le prévenu doit se voir reconnaître les droits précités également dans le cadre de son interrogatoire par la police. En d'autres termes encore, l'institution de l'"avocat de la première heure" ne peut pas ne pas être reconnue, contrairement à ce que prévoit la Commission (Rapport p. 112). Il s'agit-là d'une garantie qu'un code qui se veut moderne se doit de consacrer.

Les garanties spécifiquement reconnues à la victime (au sens technique de l'art. 2 LAVI) méritent d'être introduites, moyennant au besoin quelques adaptations et clarifications, dans le code de procédure pénale fédéral unifié. Une fois encore, il s'agit dans toute la mesure du possible d'éviter la dissémination de la matière sur différents textes législatifs.

h) *Les actes de procédure*

L'affirmation des experts (Rapport p. 102), selon laquelle "les actes [de procédure des parties] produisant un effet immédiat ne peuvent être annulés et renouvelés, même pour cause d'erreur", mérite d'être soumise à un nouvel examen. En effet, la conception sous-tendant cette affirmation est de plus en plus contestée en doctrine.

i) *Les moyens de preuves*

Au chapitre des moyens de preuve, plus particulièrement en ce qui concerne l'utilisation d'éléments à charge recueillis de manière illégale, un code moderne ne peut pas se passer d'un réseau dense de dispositions attachant une sanction – fondamentalement l'inexploitabilité – à la violation de ses règles en matière

d'administration de la preuve. Ainsi la loi devra-t-elle dans toute la mesure du possible dire expressément que le recours à des moyens prohibés d'interrogatoire entraîne l'inutilisabilité du procès-verbal établi, que l'omission d'informer un témoin de son droit de se taire en cas d'auto-incrimination entraîne le retrait de ses déclarations de la procédure, etc. Cette problématique, actuellement marquée par une insécurité juridique certaine, ne peut se satisfaire ni de dispositions générales sur l'exclusion de la preuve, ni de principes que la jurisprudence aurait encore à développer.

k) *Les mesures de contrainte*

Au catalogue dressé par la Commission d'experts, il convient d'ajouter l'engagement d'agents infiltrés. S'agissant d'un procédé "sournois" comparable aux mesures de surveillance, l'existence d'une base légale est aujourd'hui un impératif constitutionnel. Par ailleurs, une réglementation figurant simplement parmi les dispositions régissant l'activité de la police judiciaire (dans ce sens la proposition de la Commission d'experts, Rapport p.129) s'avère insuffisante depuis que la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Teixera de Castro c/ Portugal* du 9 juin 1998, ne reconnaît la conformité de ce genre de procédé à la garantie du procès équitable que dans la mesure où l'agent infiltré se comporte de manière essentiellement passive et agit sur l'ordre et sous le contrôle d'un magistrat.

Par ailleurs, il conviendrait d'étudier la nécessité d'introduire dans le code de procédure pénale fédéral unifié l'institution du contrôle d'identité alors même qu'il n'existe pas encore de soupçons de commission d'une infraction. Cet instrument, qui se situe en quelque sorte à la charnière entre l'activité administrative (préventive) et l'activité judiciaire (répressive) de la police, représente bien souvent un premier pas en direction de la découverte des infraction et de leurs auteurs.

Une attention toute particulière devra également être portée à l'institution de l'ordre de production, qui ne s'inscrit pas dans le prolongement du séquestre (cf. Rapport p. 116) mais dans celui de la perquisition. Par ailleurs, il conviendra de renoncer aux très mauvaises expressions "*Editionspflicht*" et "obligation d'édition", pour les remplacer par les termes "*Herausgabepflicht*" et "obligation de produire".

l) *La phase policière*

La distinction opérée par la Commission d'experts entre les investigations policières dites indépendantes et celles effectuées sur délégation du juge d'instruction a évidemment sa raison d'être et devra se répercuter dans la future législation. En revanche, la très large liberté reconnue par les auteurs du rapport à la police agissant de façon indépendante me paraît contraire au choix même en faveur du modèle de poursuite Juge d'instruction I. La force de ce système

réside précisément dans l'apparition quasi immédiate du juge d'instruction après signalisation d'une infraction. Les situations d'intervention *motu proprio* de la police judiciaire, c'est-à-dire non conduites par le magistrat instructeur, doivent dès lors être limitées aux hypothèses de flagrant délit et de péril en la demeure, caractérisées par l'impossibilité matériel d'en référer au juge d'instruction.

m) *L'instruction préparatoire*

Dans le prolongement des critiques précédemment adressées (*supra* 3 b) à la "dévaluation" du principe de l'immédiateté des débats, l'instruction préparatoire ne doit pas devenir la phase essentielle de la procédure pénale. Fondamentalement, elle est uniquement destinée à établir l'existence d'une prévention suffisante. L'acquisition de certitudes représente le travail du juge du fond, lequel doit avoir à sa disposition les moyens de se forger une intime conviction. Le moment fort de la procédure pénale est et doit indiscutablement rester l'instruction définitive.

La distinction opérée par la Commission d'experts (Rapport p. 138) entre le non-lieu provisoire et le non-lieu définitif est artificielle. Elle procède vraisemblablement d'une distinction parfois effectuée par la doctrine entre le non-lieu motivé en fait, qui serait provisoire, et le non-lieu motivé en droit, qui serait définitif. Or toute décision judiciaire est toujours motivée en fait et en droit. L'expression "non-lieu" doit être réservée aux situations où la prévention suffisante fait défaut, un retour sur cette décision étant naturellement possible en cas d'apparition de charges nouvelles. Il est ensuite extrêmement trompeur de parler de non-lieu en cas d'obstacle absolu ou relatif à l'exercice de l'action publique : le retrait de la plainte ou la prescription concernant la recevabilité de l'action publique et empêchent précisément le magistrat compétent de s'intéresser à son bien-fondé. Au stade de la clôture de l'instruction préparatoire, la distinction entre *Prozessentscheid* et *Sachentscheid* doit également apparaître dans la terminologie utilisée ; l'expression "non-lieu" fait référence à un *Sachentscheid* exclusivement.

Enfin, un certain scepticisme est de mise face à la compétence reconnue au juge d'instruction d'ordonner le renvoi du prévenu en jugement. N'est-ce précisément pas à ce stade de la procédure que la nécessité d'un regard neuf, celui du Ministère public, se fait sentir ? Sans doute le système proposé a-t-il le mérite de responsabiliser le juge d'instruction en l'obligeant à organiser ses investigations toujours dans l'optique d'un procès futur. Cet avantage me semble toutefois devoir s'effacer derrière la garantie supplémentaire résultant de l'examen par le Ministère public, à froid, d'un dossier qu'il devra le cas échéant défendre devant la juridiction du jugement. De mon point de vue, il conviendrait donc de transférer du juge d'instruction au Ministère public le pouvoir de renvoyer le prévenu en jugement (rédaction d'un acte d'accusation) ou de prononcer le non-lieu, ceci naturellement sous le contrôle de la chambre d'accusation. Dans un tel système, le juge d'instruction n'aurait plus la

possibilité de mettre un terme à ses investigations que par une décision de communication du dossier au Ministère public ou par une ordonnance de condamnation.

n) *Les débats*

Les développements de la Commission d'experts appellent pour l'essentiel l'approbation. Dans l'optique d'une uniformisation englobant dans toute la mesure du possible également l'organisation judiciaire, il serait toutefois inadéquat de laisser le soin au droit cantonal de régler la question de la récusation des magistrats (cf. Rapport p. 141).

o) *L'action civile*

La proposition des experts de transférer de la LAVI au nouveau code de procédure pénale fédéral unifié les règles relatives au jugement de l'action civile exercée au pénal est opportune, étant entendu que le champ d'application desdites normes devra être étendu à l'ensemble des lésés.

p) *Les procédures spéciales*

S'agissant de la procédure de jugement en l'absence de l'accusé, il n'y a pas lieu de subordonner la possibilité de relever le défaut à l'absence de prescription de la peine (Rapport p. 154). A ce propos, on peut renvoyer aux développements les plus récents du Tribunal fédéral en la matière (ATF 122 IV 344). Ainsi se réglera également le renvoi (Rapport, *ibidem*) pour le moins surprenant à la voie de la révision, laquelle concerne une problématique éminemment différente.

Au chapitre de l'ordonnance pénale, les experts proposent de fixer à six mois d'emprisonnement la peine maximale susceptible d'être prononcée dans le cadre de cette procédure de condamnation sans débats (Rapport p. 155-156). La justification d'un plafond de peine aussi élevé, sans doute inspiré du régime genevois actuel, mérite d'être sérieusement réexaminée. On peut en effet douter que le prononcé d'une telle sanction soit encore compatible avec la fiction selon laquelle le condamné, par son absence de contestation de l'ordonnance, a valablement renoncé aux garanties constitutionnelles et conventionnelles caractérisant le procès équitable. Une limitation de la procédure de l'ordonnance de condamnation aux sanctions privatives de liberté de trois mois d'arrêt ou d'emprisonnement au maximum, assorties le cas échéant d'une amende de cinq mille francs au plus, me paraît nettement plus conforme aux garanties précitées. Pour toutes les sanctions dépassant ces dernières limites, la procédure de *plea bargaining* esquissée plus haut (*supra* 4 b), laquelle suppose une renonciation explicite de l'accusé à être jugé dans les formes complètes, exprimée de surcroît devant un juge, sera propre à assurer la décharge recherchée des tribunaux. Si le maximum de la peine privative de liberté devait néanmoins être maintenu à 6

mois d'emprisonnement, la question du pouvoir du magistrat rendant l'ordonnance pénale de révoquer un ou plusieurs sursis antérieurs, qui se pose au regard de l'art. 41 ch. 3 CP (ATF 117 IV 97), devra être tranchée législativement.

Dans le chapitre consacré aux procédures spéciales, il conviendra à mon sens d'envisager des dispositions expresses sur la procédure indépendante de confiscation (*selbständiges Einziehungsverfahren*).

q) *Les voies de recours*

L'instauration de l'appel comme principale voie de recours permettant aux parties d'attaquer la décision d'une juridiction de jugement est conforme à la tendance actuelle en faveur d'une généralisation du double degré de juridiction. S'agissant des infractions bagatelles, on peut hésiter entre le maintien d'un appel, mais limité à la violation de la loi, et la création d'une voie indépendante, celle de la cassation ; le second terme de l'alternative a ma préférence. Sur le modèle de la procédure pénale militaire (art. 172 al. 1 et 184 al. 1 lit. c PPM), un tel recours en cassation pourrait ensuite être ouvert, parallèlement à la voie de l'opposition (cf. art. 156 PPM), contre tous les jugements rendus par défaut (opportunité d'instaurer une voie de droit dévolutive d'annulation – et non pas de réformation – contre une décision susceptible par ailleurs d'être rétractée par le juge de première instance).

En revanche, je ne puis en aucun cas souscrire à la suppression de l'interdiction de la *reformatio in peius* par le mécanisme de l'appel joint. Propre à la procédure civile, cette institution n'a pas sa place dans la procédure pénale, où le condamné doit pouvoir décider en toute liberté, c'est-à-dire sans avoir à tenir compte du risque de voir son sort aggravé, de recourir ou de ne pas recourir. Si le Ministère public entend se réserver la possibilité de demander en appel une aggravation du sort du condamné, il lui appartient de prendre ses responsabilités en déposant une propre déclaration de recours ; au demeurant, un tel recours pourra toujours être retiré. Aujourd'hui, l'interdiction de la *reformatio in peius*, prévue par de nombreuses législations cantonales et applicable à la procédure de pourvoi en nullité au Tribunal fédéral, constitue une garantie qui devrait à brève échéance être reconnue au niveau constitutionnel.

r) *Les frais et les indemnités*

La possibilité de condamner un prévenu aux frais de la cause en cas de non-lieu ou d'acquittement n'a plus sa place dans un code de procédure pénale unifié qui se veut moderne. Au demeurant, les conditions d'admissibilité d'une telle condamnation au regard de l'art. 6 § 2 CEDH sont plutôt incertaines.

Quant à l'indemnisation des personnes poursuivies à tort, le seul système satisfaisant aux impératifs d'équité et de modernité est celui d'une *restitutio in*

integrum indépendante de l'illicéité et de la faute. Demeure naturellement réservées la possibilité d'une réduction de l'indemnité en raison d'une faute concurrente du prévenu acquitté ou mis au bénéfice d'un non-lieu.

* * * * *

J'espère que les observations qui précèdent pourront fournir quelques pistes à ceux qui, je n'en doute pas, seront amenés à rédiger un avant-projet de code de procédure pénale fédérale unifié.

Je forme des vœux pour que cette passionnante et nécessaire entreprise aboutisse dans les meilleurs délais et vous remercie vivement de m'avoir donné l'occasion de m'exprimer dans la phase de pré-consultation qui vient de s'achever.

En restant à votre entière disposition, je vous prie de croire, Monsieur le Vice-directeur, à l'assurance de mes salutations respectueuses.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'B. Sträuli', with a stylized flourish at the end.

Bernhard STRÄULI
Chargé de cours

Basel, 22. Juni 1998 ha

Telefon	+41 61 267 25 38
Telefax	+41 61 267 25 49
e-Mail	pieth@ubaclu.unibas.ch

Kurzstellungnahme zum Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung
anlässlich eines Hearings des Bundesamtes für Justiz vom 18.6.1998

Ich möchte Ihnen vorweg für diese Gelegenheit zur frühzeitigen Stellungnahme danken, sie verrät eine erfreuliche Sensibilität der Gastgeber für die Anliegen des rechtlichen Gehörs.

In den zehn Minuten, die mir zur Verfügung stehen, möchte ich mich auf ganz Grundsätzliches beschränken; einzelne Details können in der anschliessenden Diskussion aufgegriffen werden oder auf Aufsätze und Tagungen warten.

Die Expertenkommission hat sich mit dem Verhältnis des **Vorverfahrens** zum **Hauptverfahren** und innerhalb des **Vorverfahrens** mit der **Behördenorganisation** befasst, darauf möchte ich mich konzentrieren:

1. Vorab: Die Lösung, die aus den vier Varianten von Strafverfolgungsmodellen ausgewählt wurde, das Vorverfahren „light“ oder das „Untersuchungsrichtermodell I“, halte ich im Prinzip für tauglich (S. 29 - 44). Meine **Bedenken** setzen anderswo an: Während grosser Aufwand auf die traditionellen Themen der französischen Revolution - die Umsetzung der Gewaltenteilung unter den Juristen im Vorverfahren (Staatsanwalt - Untersuchungsrichter) gelegt wird, wird die eigentlich **spannende, moderne Frage** fast als Nebensache vom Tisch gewischt: die Frage nach der Kontrolle der Polizei. Hier kapituliert der Entwurf allzuschnell vor der normativen Kraft des Faktischen (S. 121 ff.): Zwar steht nach dem Konzept der Expertenkommission die Polizei nach Eröffnung des Verfahrens unter Aufsicht des Untersuchungsrichters. Die Expertenkommission sieht sich aber nicht in der Lage, Kriterien zur Abgrenzung zwischen Vorermittlung und eigentlicher Untersuchung zu entwickeln, sie folgert daraus, die Polizei müsse mit weitreichenden **selbständigen** Abklärungskompetenzen ausgestattet werden. Da will der Satz, die Kommission ziehe es vor, die Rolle der Polizei so klar wie möglich zu umschreiben, statt sich der Illusion hinzugeben, die Kriminalpolizei sei ausschliesslich ein Organ zur Ausführung untersuchungsrichterlicher Aufträge nicht recht überzeugen, da auf diese Unterscheidung gerade verzichtet wird: „Sie (Die Polizeikräfte) sind ... berechtigt, alle für die Ermittlung nützlichen Abklärungen und Feststellungen zu treffen und **alle Massnahmen zu ergreifen, um den Sachverhalt zu ermitteln**“. Die Expertenkommission gibt sozusagen dem Aargauer Modell den Vorrang vor den Prozessordnungen, die die Aufgabe der Gerichtspolizei auf Dringlichkeitskompetenzen einerseits und die Hilfsfunktion für Untersuchungsrichter resp. Staatsanwaltschaft andererseits beschränken. Damit wird das faktische Schwergewicht der Sachverhaltsermittlung bei der Polizei auch rechtlich

verankert. Alternativ dazu wäre trotz allem auf der Dringlichkeitskompetenz bzw. der abgeleiteten Kompetenz zu insistieren.

2. Während, wie die Franzosen es sagen, dem Vorermittlungsverfahren im „sous-soul“ der Polizei bewusst Raum gegeben wird, werden die aktiven Verteidigungsrechte in die „bel étage“ des Untersuchungsverfahrens verwiesen (vgl. S. 93). Das Untersuchungsverfahren gerät damit notwendigerweise zur Nachgewährung des rechtlichen Gehörs - obwohl wir inzwischen wissen, dass die Idee des „konsekutiven Gehörs“, die Verschiebung der Verteidigung auf die Untersuchung und die Hauptverhandlung, einer der entscheidenden Konstruktionsfehler des Inquisitionsverfahrens war.
3. Die Risiken dieses Prozessmodells werden dadurch noch verschärft, dass nach dem Vorschlag der Expertenkommission die **Unmittelbarkeit im Hauptverfahren** nur noch als **Ausnahme** konzipiert ist. Damit soll sich der eidgenössische Prozess - in Anlehnung an das geltende Zürcher Normalverfahren - von jenen Modellen absetzen, die zumindest im Prinzip Unmittelbarkeit fordern. Die Hauptverhandlung würde sich schon aus der Perspektive des Gesetzgebers als eine Art Aktenkontrollverfahren mit selektiver Beweisaufnahme im Stile der gängigen Berufungsverfahren darstellen. So verständlich das Anliegen der Prozessbeschleunigung ist, das Konzept der „beschränkten Unmittelbarkeit“ (S. 143) zusammen mit der auch rechtlich abgesegneten Vorverlagerung des Verfahrensschwergewichtes ins Vorverfahren - und dort ins Ermittlungsverfahren - verkennt, dass Urteilen nach wie vor einer unabhängigen Entscheidungsinstanz, eben des Richters, bedarf, der aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung heraus seine Entscheidung trifft. Die Tendenz zum **Fakultativrichter** ist ohnehin im **Strafbefehlsverfahren**, das mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten viel zu weit ausgreift, angelegt (S. 153). Wenn das Gericht so verzichtbar erscheint, bleibt es im Grunde unverständlich, dass man nicht gleich das US-amerikanische plea-bargaining einführen möchte. Das Strafverfahren reduzierte sich auf das Rudiment eines Vorverfahrens. Wenn Strafverfahren derart zur Disposition der Parteien gestellt wird, dann ist kaum mehr zu erklären, weshalb derart auf der Officialmaxime insistiert wird, weshalb die Strafverfolgung so sehr im öffentlichen Interesse steht. Es zeigt sich, dass aus Spargründen auf fundamentale Prinzipien verzichtet wird.
4. Das führt mich zu einer letzten grundsätzlichen Überlegung: Nach Überwindung des **Inquisitionsprozesses** und nach einem Ausflug in den **reformierten Parteienprozess** unter Einfluss der EMRK wird hier ein Verfahren skizziert, das alle Züge eines **Kontrollmodells** aufweist: Schwergewicht auch rechtlich im polizeilichen Ermittlungsverfahren, in einem Stadium, in dem sich **Prävention und Repression die Hand geben**, Reduktion der Entscheidungsinstanz auf ein Aktenkontrollverfahren mit gelegentlicher, sozusagen exemplarischer Beweisaufnahme. Damit wird in Kauf genommen, dass die polizeilichen Ziele, die sich von den justiziellen durchaus unterscheiden können - **Risikokontrolle** statt Aufarbeitung von vergangenem Unrecht - die Oberhand gewinnen. In Kauf genommen wird auch, dass über den

Umfang der Straftakte und über die Fälle, die überhaupt weiter verfolgt werden, nach taktischem Einsatzkalkül entschieden wird. Die Richter werden gar nicht wissen, wie sehr sie mit eklektisch ausgewählten Fällen und mit einzelnen Beweismitteln aus dem grossen Topf der polizeilichen Informationen gefüttert werden. Die Polizei entscheidet über den Umfang der Straftakte und die Auswahl der aus ihrer Sicht „geeigneten Fälle“, ohne dass diesbezüglich eine richterliche Kontrolle möglich wäre. Das Anklageprinzip verliert dadurch seine rechtsstaatliche Schutzfunktion und verkehrt sich ins Gegenteil: Es garantiert die polizeiliche Freiheit gegenüber der Justiz. Und da liegt das Kernproblem dieses Konzeptes: Die Strafprozessvereinheitlichung wird am partikularen Anliegen der Bekämpfung von transnationaler Makro-kriminalität aufgezehrt. Was dabei herauskommen muss, ist die prozessuale Seite eines „Feindstrafrechts“, das für den Grossteil der Alltagskriminalität schlicht und einfach nicht passt oder diese Fälle zu wenig ernst nimmt. Es wird nicht bestritten, dass organisiertes Verbrechen ein Thema des schweizerischen Strafverfahrens ist, das explizite Regelungen für neue Zwangsmassnahmen und Zeugenschutzprogramme erfordert (entgegen Herrn Zachert vom BKA würde ich aber bestreiten, dass organisiertes Verbrechen inzwischen 50 % unserer Kriminalität ausmacht. Ich denke, er verwendet einen exzessiven Begriff des organisierten Verbrechens). Bevor wir aber auf dieser pragmatisch-technischen Ebene weitermachen, müssen wir die Gunst der Stunde nutzen, um vorweg grundsätzlicher über den Verfahrenstypus nachzudenken, den wir für die gesamte Schweiz entwickeln wollen. Angesichts der über hundert Jahre dauernden Vereinheitlichungsdebatte lohnt sich dieser Zusatzaufwand.

Prof. Dr. Mark Pieth

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

Hearings zum Bericht der Expertenkommission
"Vereinheitlichung des Strafprozessrechts"

"Spielregeln" des Hearings

- Jede Delegation hat *insgesamt* 20 bis maximal 30 Minuten Zeit, um ihre Meinung zum Bericht darzulegen.
- Die Stellungnahme soll sich nach Möglichkeit am nachstehenden Fragenkatalog orientieren. Es braucht aber nicht zu sämtlichen Fragen Stellung genommen zu werden, und es ist umgekehrt möglich, Themen aufzugreifen, die im Fragenkatalog nicht aufgeführt sind.
- Schriftliche Unterlagen zu den mündlich vorgetragenen Stellungnahmen sind willkommen.

Fragenkatalog

1. Allgemeines

- 1.1 Wie beurteilen Sie die Aussagen des Berichts "Aus 29 mach 1" im allgemeinen?
- 1.2 Gibt es Themen, die im Bericht nicht behandelt sind, die aber ebenfalls in einer eidgenössischen Strafprozessordnung geregelt sein sollten?

2. Notwendigkeit der Vereinheitlichung

- 2.1 Als wie gross beurteilen Sie die Notwendigkeit der Strafprozessrechtsvereinheitlichung in der Schweiz?
- 2.2 Welche Gründe für die Vereinheitlichung stehen für Sie im Vordergrund?
- 2.3 In welchen Bereichen des Strafverfahrens sind einheitliche Vorschriften besonders wichtig, wo weniger?
- 2.4 Sehen Sie taugliche Alternativen zur Vereinheitlichung?
- 2.5 Wäre ein blosses Rahmengesetz eine brauchbare Alternative?

3. Gerichtsorganisation

- 3.1 Die Expertenkommission geht davon aus, dass eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts nicht völlig ohne Wirkungen auf die kantonale Gerichtsorganisation auskommt.
- Teilen Sie diese Auffassung?
 - Wie weit dürfen bzw. müssen Eingriffe des Bundesgesetzgebers in die kantonale Organisationshoheit gehen?
- 3.2 Wie beurteilen Sie das von der Expertenkommission bevorzugte Strafverfolgungsmodell (unabhängige Untersuchungsrichter)? Welches Modell würden Sie selber vorziehen? Aus welchen Gründen?
- 3.3 Hat die Expertenkommission die Auswirkungen der von ihr getroffenen Modellwahl auf die Gerichtsorganisation zutreffend dargestellt (Ziffer 3.14 des Berichts)?
- 3.4 Sind die organisatorischen Folgen der Vereinheitlichung in Ziffer 3.23 des Berichts vollständig und korrekt aufgeführt?

4. Neue strafprozessuale Instrumente

4.1 Opportunitätsprinzip / Plea bargaining

- 4.11 Erachten Sie Ausnahmen vom Verfolgungszwang grundsätzlich als sinnvoll?
- 4.12 Wie beurteilen Sie das vorgeschlagene *gemässigte* Opportunitätsprinzip?
- 4.13 Müssen aus Opportunitätsgründen erlassene Einstellungsverfügungen gerichtlich überprüft werden können?
- 4.14 Sollte das plea bargaining zugelassen werden, und wie wäre es allenfalls auszugestalten?

4.2 Kronzeugenregelung

- 4.21 Soll das Institut des Kronzeugen im schweizerischen Strafprozessrecht eingeführt werden?
- 4.22 Wenn ja: Wie sollte das Institut ausgestaltet werden?
- 4.23 Sollten bestimmte strafprozessuale Instrumente anstelle des Kronzeugen explizit vorgesehen werden?

4.3 Zeugenschutz

- 4.31 Wie beurteilen Sie die von der Expertenkommission vorgeschlagene Regelung des Zeugenschutzes (Ziffer 4.34 des Berichts)?
- 4.32 Sind weitere Zeugenschutzmassnahmen vorzusehen?
- 4.33 Müssen auch ausserprozessuale Zeugenschutzprogramme (Ziff. 4.335 des Berichts) vorgesehen werden?

5. Konzept einer vereinheitlichten Strafprozessordnung¹

5.1 Allgemeiner Teil

5.11 Anwendungsbereich

- 5.111 Ist der (vorläufige) Ausschluss gewisser Verfahrensbereiche aus der eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO) sinnvoll und richtig?
- 5.112 Welche Bereiche sollten von Anfang an in der eidgenössischen StPO geregelt werden, welche können, auch dauerhaft, separat normiert bleiben?
- 5.113 Soll insbesondere das Verfahren bei Widerhandlungen gegen kantonales Strafrecht eidgenössisch geregelt werden?

5.12 Behörden

- 5.121 Ist die im Bericht vorgenommene Enumeration der Behörden der Strafrechtspflege zutreffend und vollständig?
- 5.122 Ist es richtig, die Tätigkeit der Polizei im Rahmen des Vorverfahrens der Leitung und Aufsicht des Untersuchungsrichters zu unterstellen?
- 5.123 Soll die Staatsanwaltschaft von der Exekutive unabhängig sein? Wenn ja, in welchem Masse?
- 5.124 Sollen die Kantone verpflichtet werden, ein Obergericht als Rechtsmittelinstanz sowie eine Anklagekammer einzuführen?
- 5.125 Sollen die Kantone für die Beurteilung von Übertretungen auch nicht-richterliche Behörden (z.B. préfets) einsetzen können?

5.13 Gerichtsstand / Rechtshilfe

- 5.131 Sollen die Gerichtsstandsvorschriften des Strafgesetzbuches und die Bestimmungen des Rechtshilfekonkordates in die vereinheitlichte StPO eingefügt werden?
- 5.132 Teilen Sie die Auffassung der Expertenkommission, dass beim Verfahren der internationalen Rechtshilfe nach IRSG die Rechtsmittel auf ein einziges beschränkt werden sollten?

5.14 Grundsätze des Verfahrens

- 5.141 Ist die Liste der zu kodifizierenden Prozessmaximen vollständig bzw. zu ausgedehnt?
- 5.142 Können Sie sich den von der Expertenkommission skizzierten Grundsätzen des Datenschutzes in Strafverfahren anschliessen?

¹ Die Grobunterteilung dieses Kapitels (5.11, 5.12 usw.) entspricht der Gliederung des 5. Kapitels des Berichts.

5.15 Parteien und andere Verfahrensbeteiligte; Verbeiständung

- 5.151 Sind die vorgeschlagenen einheitlichen Parteibezeichnungen (Staatsanwaltschaft, Beschuldigter, Privatklägerschaft) zweckmässig?
- 5.152 Erachten Sie es als vorteilhaft, dass der Privatkläger im Straf- und im Zivilpunkt soll auftreten können?
- 5.153 Wie stellen Sie sich zur skizzierten Regelung der Verteidigung?
- 5.154 Wie schwer soll die zu erwartende Freiheitsstrafe sein, die eine notwendige Verteidigung begründet?
- 5.155 Von welcher Dauer der Untersuchungshaft an ist die notwendige Verteidigung zu gewähren?

5.16 Verfahrensrechte

- 5.161 Ist die von der Expertenkommission vorgesehene Ausgestaltung der Waffengleichheit der Parteien angemessen?
- 5.162 Sind die dem Opfer zuerkannten besonderen Rechte ausreichend?

5.17 Prozesshandlungen

- 5.171 Bedarf die Zusammenstellung der Prozesshandlungen der richterlichen Behörden und der Parteien der Ergänzung oder der Änderung?

5.18 Beweismittel

- 5.181 Sind noch weitere als die im Bericht aufgezählten Beweismittel explizit zu regeln?
- 5.182 Befriedigen die vorgesehenen Grundsätze über die Einvernahme von Zeugen?
- 5.183 Ist es insbesondere richtig, Kinder unter 15 Jahren nicht als Zeugen, sondern nur als Auskunftspersonen einzuvernehmen?

5.19 Zwangsmassnahmen

- 5.191 Ist der vorgeschlagene Katalog der Zwangsmassnahmen vollständig?
- 5.192 Ist die zulässige Höchstdauer der Polizeihaft mit 24 Stunden richtig bemessen?
- 5.193 Müsste im Rahmen der Polizeihaft die Einrichtung des "Anwalts der ersten Stunde" vorgesehen werden?
- 5.194 Bedarf es eines separaten Haftrichters?
- 5.195 Wie beurteilen Sie die vorgeschlagene obligatorische Haftprüfung nach einer Untersuchungshaft von 30 Tagen?
- 5.196 Halten sie die Überwachung von Bankkonten als besondere prozessuale Massnahme für nötig?
- 5.197 Sollte der Einsatz moderner technischer Überwachungsgeräte in der neuen Strafprozessordnung besonders geregelt werden?

5.2 Besondere Bestimmungen

5.21 Polizeiliche Ermittlungen

- 5.211 Halten Sie die von der Expertenkommission getroffene Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen polizeilichen Ermittlungen für sachgerecht?
- 5.212 Wann sollte die selbständige Ermittlungstätigkeit der Polizei spätestens enden?
- 5.213 Sind die (zulässigen) Ermittlungshandlungen der Polizei vollständig und richtig dargestellt?
- 5.214 Soll der Untersuchungsrichter der Polizei die Einvernahme von Beschuldigten delegieren können?
- 5.215 Wie weit sollen generelle Ermittlungsaufträge des Untersuchungsrichters an die Polizei zulässig sein?

5.22 Richterliche Untersuchung

- 5.221 Wie beurteilen Sie generell den von der Kommission skizzierten Ablauf und die Modalitäten der richterlichen Untersuchung?
- 5.222 Wie stellen Sie sich zu der von der Expertenkommission vorgeschlagenen Einflussnahme der Staatsanwaltschaft auf die Überweisungsverfügung?

5.23 Hauptverfahren

- 5.231 Ist die Möglichkeit des Schuld- bzw. des Tatinterlokuts vorzusehen?
- 5.232 Soll für die Beweisaufnahme die *beschränkte* Unmittelbarkeit gelten?
- 5.233 Soll bei weniger gravierenden Fällen auf die Motivierung des Urteils verzichtet werden können?

5.24 Zivilklage

- 5.241 Soll sich die durch eine Straftat geschädigte Person als Zivilpartei konstituieren können?
- 5.242 Halten Sie es für angezeigt, die Vorschriften des Opferhilfegesetzes über die Modalitäten der gerichtlichen Beurteilung von Zivilansprüchen in die neue StPO einzufügen?

5.25 Besondere Verfahren

- 5.251 Müssten noch andere besondere Verfahren als die im Bericht erwähnten explizit normiert werden?

5.26 Rechtsmittel

- 5.261 Wie stellen Sie sich zum Grundsatz, dass nach der einheitlichen Strafprozessordnung gegen Urteile die Appellation und gegen richterliche Verfügungen die Beschwerde als Rechtsmittel offenstehen müssen?

5.27 Kosten und Entschädigung

- 5.271 Ist die im Bericht vorgesehene ausnahmsweise Kostentragungspflicht des Beschuldigten bei Einstellung und Freispruch angemessen?
- 5.272 Ist es am Platz, für zu Unrecht verfolgte oder verurteilte Personen einen eigentlichen Anspruch auf Entschädigung zu statuieren?

5.28 Rechtskraft und Vollstreckung

- 5.281 Sind die von der Kommission als Gegenstand der eidgenössischen Strafprozessordnung ausgesonderten Bereiche des (an sich kantonalen) Vollstreckungsrechts zutreffend umgrenzt?

6. Weitere Themen

- 6.1 Haben Sie weitere Bemerkungen oder Anregungen zum Konzept der eidgenössischen Strafprozessordnung?

Déroulement des auditions

- Chaque délégation dispose en tout de 20 à 30 minutes pour donner son avis sur le rapport.
- Dans la mesure du possible la prise de position se référera au questionnaire ci-après. Il n'est toutefois pas nécessaire de traiter de toutes les questions; il est en revanche possible de se prononcer sur des thèmes qui n'ont pas été abordés dans le questionnaire.
- On appréciera les documents écrits à l'appui des interventions verbales.

Questionnaire

1. Généralités

- 1.1 Quelle est votre appréciation générale du rapport?
- 1.2 Y a-t-il des thèmes qui ne sont pas traités dans le rapport et qui devraient être réglés dans un code de procédure pénale fédéral.

2. Nécessité de l'unification

- 2.1 A quel point l'unification du droit de procédure pénale vous paraît-elle nécessaire en Suisse?
- 2.2 Quels sont les raisons essentielles qui militent selon vous en faveur d'une unification?
- 2.3 Dans quels domaines du procès pénal des dispositions unifiées sont-elles particulièrement importantes, dans quel domaine le sont-elles moins?
- 2.4 Voyez-vous d'autres solutions alternatives valables à l'unification?
- 2.5 Une simple loi-cadre serait-elle une alternative utile?

3. L'organisation judiciaire

- 3.1 La Commission d'experts part de l'idée qu'une unification du droit de procédure pénale ne peut être réalisé sans aucun effet sur l'organisation judiciaire cantonale.
 - Partagez-vous cette appréciation? Jusqu'à quel point les empiétements du législateur fédéral sur la souveraineté cantonale en matière d'organisation judiciaire peuvent-ils, ou même doivent-ils, être envisagés?

- 3.2 Quelle est votre appréciation du modèle de poursuite pénale choisi par la Commission d'experts (juge d'instruction indépendant)? Quel modèle choisiriez-vous vous-même? Pour quelles raisons?
- 3.3 La Commission d'experts a-t-elle correctement exposé les répercussions du modèle qu'elle a choisi sur l'organisation judiciaire (chiffre 3.14 du Rapport)?
- 3.4 Les conséquences de l'unification sur le plan de l'organisation sont-elles complètement et correctement exposées au chiffre 3.23 du Rapport?

4. Nouveaux instruments de procédure

4.1 Le principe de l'opportunité / plea bargaining

- 4.11 Considérez-vous que des exceptions au principe de la légalité se justifient?
- 4.12 Que pensez-vous du principe proposé de l'opportunité *limitée*?
- 4.13 Les décisions de classement par opportunité doivent-elles pouvoir être contrôlées judiciairement?
- 4.14 Le plea bargaining devrait-il être institué; cas échéant, quelle serait son articulation?

4.2 Réglementation du témoin de la Couronne

- 4.21 L'institution du témoin de la Couronne doit-elle être introduite dans le droit de procédure pénale suisse?
- 4.22 Dans l'affirmative, comment cette institution devrait-elle être conçue?
- 4.23 Certains instruments de procédure pénale devraient-ils être explicitement prévus à la place du témoin de la Couronne?

4.3 Protection des témoins

- 4.31 Quel est votre avis sur la réglementation de la protection des témoins proposée par la Commission d'experts (chiffre 4.34 du Rapport)?
- 4.32 Devrait-on prévoir d'autres mesures de protection des témoins?
- 4.33 Des programmes extra-procéduraux de protection des témoins (chiffre 4.335 du Rapport) devraient-ils être envisagés?

5. Canevas d'un code de procédure pénale unifié

5.1 Partie générale

5.11 Champ d'application

- 5.111 L'exclusion (provisoire) du champ d'application du Code de procédure pénale fédéral (CPPF) de certains domaines de la procédure est-elle judicieuse et justifiée?
- 5.112 Quels sont les domaines qui devraient dès le départ être réglés dans le CPPF et quels sont ceux qui peuvent l'être, même durablement, de manière séparée?

5.12 Autorités

- 5.121 L'énumération des autorités de la justice pénale entreprise dans le Rapport est-elle exacte et complète?

- 5.122 Est-il juste, de votre point de vue, de placer l'activité de la police dans le cadre de l'enquête sous la direction et la surveillance du juge d'instruction?
- 5.123 Le ministère public doit-il être indépendant de l'exécutif? Si oui, dans quelle mesure?
- 5.124 Les cantons doivent-ils être astreints à introduire un tribunal supérieur comme instance de recours, ainsi qu'une chambre d'accusation?
- 5.125 Les cantons ne devraient-ils pas pouvoir instituer également des autorités non-judiciaires (p.ex. préfets) pour le jugement de contraventions?

5.13 For / Entraide judiciaire

- 5.131 Les règles du code pénal en matière de for et les dispositions du concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale doivent-elles être intégrées dans le CPPF?
- 5.132 Partagez-vous l'opinion de la Commission d'experts selon laquelle, dans la procédure d'entraide judiciaire internationale selon l'EIMP, les possibilités de recours doivent être réduits à un seul?

5.14 Principes généraux régissant la procédure

- 5.141 La liste des maximes du procès à codifier est-elle complète? Est-elle trop étendue?
- 5.142 Pouvez-vous vous rallier aux principes en matière de protection des données dans la procédure pénale esquissés par la Commission d'experts?

5.15 Les parties et les autres intervenants à la procédure; l'assistance des parties

- 5.151 Les désignations individuelles proposées pour les parties (ministère public, prévenu, partie plaignante) sont-elles appropriées?
- 5.152 Considérez-vous qu'il serait avantageux que la partie plaignante puisse intervenir au civil comme au pénal?
- 5.153 Que pensez-vous de la réglementation esquissée de la défense?
- 5.154 Quelle doit être l'importance de la peine privative de liberté envisagée qui justifie la défense obligatoire?
- 5.155 A partir de quelle durée de détention préventive la défense obligatoire doit-elle être accordée?

5.16 Les droits des parties en procédure

- 5.161 La façon dont l'égalité des armes entre parties est conçue par la Commission d'experts est-elle appropriée?
- 5.162 Les droits particuliers reconnus à la victime sont-ils suffisants?

5.17 Les actes de procédure

- 5.171 L'exposé des actes de procédure des autorités judiciaires et des parties mérite-t-il d'être complété ou modifié?

5.18 Les moyens de preuve

- 5.181 Y a-t-il d'autres moyens de preuves que ceux énumérés dans le Rapport qui devraient être réglés de façon explicite?
- 5.182 Les principes envisagés relatifs à l'audition des témoins sont-ils suffisants?
- 5.183 Est-il en particulier correct que les enfants de moins de 15 ans ne puissent pas être entendus comme témoins, mais seulement comme personne appelée à fournir des renseignements?

5.19 Les mesures de contrainte

- 5.191 Le catalogue proposé des mesures de contrainte est-il complet?
- 5.192 La durée maximum admissible de la garde à vue de 24 heures est-elle correctement fixée?
- 5.193 Devrait-on prévoir dans le cadre de la garde à vue l'institution d'un "avocat de la première heure"?
- 5.194 Y a-t-il nécessité à instituer séparément un juge de la détention?
- 5.195 Que pensez-vous du contrôle obligatoire de la détention après une détention préventive de 30 jours?
- 5.196 Considérez-vous comme nécessaire la surveillance des comptes bancaires en tant que mesure de procédure particulière?
- 5.197 Est-ce que la mise en œuvre d'appareils techniques de surveillance modernes devrait être réglé de façon particulière dans le CPPF?

5.2 Partie spéciale

5.21 La phase policière

- 5.211 Considérez-vous que la distinction faite par la Commission d'experts entre les investigations indépendantes de la police et les opérations effectuées sur délégation est appropriée?
- 5.212 Quand les investigations indépendantes de la police devraient-elles au plus tard prendre fin?
- 5.213 Les actes d'enquête de la compétence de la police sont-ils complètement et correctement exposés?
- 5.214 Le juge d'instruction doit-il pouvoir déléguer à la police l'interrogatoire du prévenu?
- 5.215 Dans quelle mesure les délégations (ou commissions rogatoires) générales du juge d'instruction à la police doivent-elles être admises?

5.22 L'instruction

- 5.221 Que pensez-vous de façon générale du déroulement et des modalités de l'instruction tels qu'esquissés par la Commission?
- 5.222 Quel est votre avis quant à l'influence du ministère public sur la décision de renvoi dans l'esprit de la Commission?

5.23 Les débats

5.231 Faut-il prévoir la possibilité de séparer les débats en deux parties (Schuld interlokut ou "Tatinterlokut"; cf. Rapport, ch. 5.232.6))?

5.232 Le principe d'immédiateté *limité* doit-il s'appliquer à l'administration des preuves?

5.233 Doit-il pouvoir être renoncé à la motivation du jugement dans les cas de moindre gravité?

5.24 L'action civile

5.241 Toute personne lésée par une infraction doit-elle pouvoir se constituer partie civile?

5.242 Considérez-vous qu'il serait judicieux d'introduire dans le CPPF les dispositions de la loi sur l'aide aux victimes relatives aux modalités du jugement des prétentions civiles?

5.25 Les procédures spéciales

5.251 D'autres procédures spéciales que celles mentionnées dans le Rapport devraient-elles faire l'objet de règles explicites?

5.26 Les voies de recours

5.261 Que pensez-vous du principe selon lequel le CPPF doit prévoir, comme voies de droit ordinaire, l'appel contre les jugements et le recours contre les décisions du juge?

5.27 Les frais et indemnités

5.271 La façon dont le rapport prévoit, à titre exceptionnel, la condamnation du prévenu aux frais en cas de non-lieu et d'acquiescement est-elle adéquate?

5.272 Convient-il de statuer un véritable droit à indemnisation en faveur des personnes poursuivies ou condamnées à tort?

5.28 Force de chose jugée et exécution

5.281 Les domaines du droit d'exécution (en soi cantonal) relevés par la Commission comme objet du CPPF sont-ils circonscrits de façon pertinente?

6 Autres thèmes

6.1 Avez-vous d'autres remarques ou propositions à propos du concept d'un code de procédure pénale fédéral?