

Aus 29 **mach 1**

Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung

**Bericht der Expertenkommission
« Vereinheitlichung des Strafprozessrechts »**

**Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bern Dezember 1997**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Inhaltsverzeichnis	1
Literaturverzeichnis	10
Abkürzungsverzeichnis	11
1. Ausgangslage, Vorgehen, Perspektiven	13
1.1 Politisches und rechtliches Umfeld	13
1.2 Der Auftrag	15
1.3 Die Expertenkommission	15
1.31 Zusammensetzung	15
1.32 Arbeitsweise der Kommission	16
1.33 Zwischenbericht vom Januar 1995	17
1.4 Der Konzeptbericht	17
1.41 Absichten	17
1.42 Darstellung	18
1.5 Die weiteren Perspektiven	19
2. Wozu ein vereinheitlichtes Strafprozessrecht?	21
2.1 Jahrzehntelange wissenschaftliche Diskussion	21
2.2 Moderne Verbrechensformen als Anlass zur Vereinheitlichung	22
2.3 Weitere Gründe für eine Vereinheitlichung	23
2.4 Absage an eine nur teilweise Vereinheitlichung	26
2.5 Fazit: Eine Kodifikation für die Zukunft	27
3. Vereinheitlichung und Gerichtsorganisation	29
3.1 Das Strafverfolgungsmodell in einer vereinheitlichten Strafprozessordnung	29
3.11 Grundtypen der Organisation im geltenden Recht	29
3.111 Untersuchungsrichter-Modell I	29
3.112 Untersuchungsrichter-Modell II	30
3.113 Staatsanwaltschafts-Modell I	30
3.114 Staatsanwaltschafts-Modell II	31

3.12	Vor- und Nachteile der einzelnen Strafverfolgungsmodelle	31
3.121	Allgemeines	31
3.122	Vorverfahren mit Untersuchungsrichter	32
3.123	Vorverfahren ohne Untersuchungsrichter	33
3.13	Wahl eines Strafverfolgungsmodells und Begründung	34
3.131	Notwendigkeit der Wahl	34
3.132	Präferenzen für das Untersuchungsrichter-Modell I	35
3.14	Auswirkungen der Modellwahl auf die Gerichtsorganisation	36
3.141	Auswirkungen in Kantonen mit Untersuchungsrichter- Modell II	36
3.142	Auswirkungen in Kantonen mit Staatsanwaltschafts-Modell I	37
3.143	Auswirkungen in Kantonen mit Staatsanwaltschafts-Modell II	37
3.144	Auswirkungen auf andere richterliche Behörden	38
3.15	Die Auffassung der Kommissionsminderheit	38
3.2	Konsequenzen für Bund und Kantone	41
3.21	Überblick	41
3.22	Gesetzgebungsbedarf	41
3.221	In den Kantonen	41
3.222	Im Bund	42
3.23	Organisatorische Folgen	43
4.	Neue strafprozessuale Instrumente	45
4.1	Ausnahmen vom Verfolgungszwang	45
4.11	Überblick	45
4.12	Allgemeines oder beschränktes Opportunitätsprinzip?	46
4.13	Die einzelnen Ausnahmen vom Verfolgungszwang	46
4.131	Beschränkung des Verfahrens auf die wichtigsten Straftaten	46
4.132	Straftaten ohne Straffolgen	47
4.133	Geringfügige Straftaten	48
4.134	Straftaten mit Auslandberührung	48
4.14	Prozessuale Ausgestaltung	49
4.141	Anwendung nur durch Justizbehörden	49
4.142	Anwendung in jedem Verfahrensstadium	49
4.143	Form des Entscheides	49
4.144	Rechtsmittel	50

4.15	Plea bargaining	50
4.151	Umschreibung	50
4.152	Plea bargaining im amerikanischen Strafverfahren	50
4.153	Kontroverse Beurteilung des plea bargaining	51
4.154	Rechtslage in der Schweiz	51
4.155	Fazit: Keine Einführung des plea bargaining	52
4.2	Kronzeugenregelung	53
4.21	Begriffliche Umschreibung	53
4.22	Ansätze zu einer Kronzeugenregelung im geltenden schweizerischen Recht	54
4.23	Rechtsvergleich	54
4.231	USA	54
4.232	Italien	56
4.233	Deutschland	56
4.24	Argumente für und gegen eine Kronzeugenregelung	57
4.241	Pro-Argumente	57
4.242	Kontra-Argumente	58
4.25	Schlussfolgerungen der Kommission	58
4.3	Zeugenschutz	61
4.31	Bedürfnis und Zweck	61
4.32	Kategorien von Zeugen	61
4.321	Berufsmässige Zeugen	61
4.322	Tatbeteiligte als Zeugen	62
4.323	Opferzeugen	62
4.324	Zufallszeugen	62
4.33	Zeugenschutzmassnahmen im geltenden Prozessrecht	63
4.331	Zeugnisverweigerungsrechte	63
4.332	Personenschutz	63
4.333	Prozessuale Abschirmungsmassnahmen	63
4.334	Opferhilfegesetz	64
4.335	Ausserprozessuale Zeugenschutzprogramme	64
4.34	Zeugenschutz in der vereinheitlichten Prozessordnung	65
4.341	Bessere Berücksichtigung des staatlichen Interesses an der Wahrheitsfindung	65
4.342	Übernahme der neuen Regeln über den V-Mann	65
4.343	Ausdehnung auf andere Zeugenkategorien	66
4.344	Kein ausgebauten Zeugenschutzprogramm	67

5.	Grundzüge einer vereinheitlichten Strafprozessordnung	69
5.1	Allgemeine Bestimmungen	69
5.11	Der Anwendungsbereich	69
5.111	Grundsatz	69
5.112	Schrittweises Vorgehen	69
5.113	Verfahren bei Widerhandlungen gegen kantonales Strafrecht	71
5.12	Behörden der Strafrechtspflege	72
5.121	Die Behörden im Überblick	72
5.122	Polizei	72
5.123	Untersuchungsrichter	72
5.124	Staatsanwaltschaft	73
5.125	Gerichte	73
5.126	Mit Strafkompetenzen ausgestattete Verwaltungsbehörden	73
5.13	Gerichtsstand und Rechtshilfe	75
5.131	Örtliche Zuständigkeit	75
5.131.1	Heutige Rechtslage	75
5.131.2	Vorschläge der Kommission	75
5.132	Rechtshilfe	76
5.132.1	Begriff	76
5.132.2	Nationale Rechtshilfe	76
5.132.3	Internationale Rechtshilfe	77
5.14	Grundsätze des Verfahrens	79
5.141	Allgemeines	79
5.142	Zu kodifizierende Prozessmaximen	79
5.143	Grundsätze des Datenschutzes	82

5.15	Parteien und andere Verfahrensbeteiligte, Verbeiständung	84
5.151	Parteien und andere Verfahrensbeteiligte	84
5.151.1	Heutige Rechtslage	84
5.151.2	Definitionsvorschläge der Kommission	85
5.152	Verbeiständung der Parteien	86
5.152.1	Die Verteidigung des Beschuldigten	86
5.152.2	Die Verbeiständung anderer Verfahrensbeteiligter	88
5.153	Zusammenfassung der Vorschläge der Kommission	89
5.16	Verfahrensrechte	90
5.161	Heutige Rechtslage	90
5.161.1	Allgemeines	90
5.161.2	Stellung des Staatsanwalts	91
5.161.3	Die Stellung von Opfer und Geschädigtem (Privatklägerschaft)	91
5.161.4	Rechte des Beschuldigten	93
5.162	Vorschläge der Kommission	94
5.162.1	Waffengleichheit im Verfahren	94
5.162.2	Besondere Rechte des Opfers	94
5.17	Prozesshandlungen	95
5.171	Prozesshandlungen der richterlichen Behörden	95
5.171.1	Richterliche Entscheide	95
5.171.2	Eröffnung der richterlichen Entscheide	95
5.171.3	Formalitäten der Gerichtsverhandlung	96
5.172	Prozesshandlungen der Parteien	98
5.172.1	Anträge	98
5.172.2	Erklärungen	98
5.172.3	Formelle und materielle Voraussetzungen	98
5.172.4	Mangelhafte Prozesshandlungen der Parteien	99
5.18	Beweismittel	100
5.181	Allgemeines	100
5.182	Die einzelnen Beweismittel	100
5.182.1	Zeuge	100
5.182.2	Auskunftsperson	103
5.182.3	Sachverständiger	104

5.182.4	Augenschein	104
5.182.5	Weitere Beweismittel	105
5.183	Beweiswürdigung und Beweisverwertung	105
5.19	Zwangsmassnahmen	107
5.191	Allgemeine Regeln	107
5.192	Katalog der Zwangsmassnahmen	107
5.193	Vorladung und Vorführung	108
5.193.1	Vorladung	108
5.193.2	Vorführung	108
5.194	Anhaltung und Polizeihaft	109
5.194.1	Anhaltung	109
5.194.2	Polizeihaft	109
5.195	Untersuchungshaft	111
5.195.1	Haftgründe	111
5.195.2	Ersatzmassnahmen	111
5.195.3	Modalitäten der Verhaftung	111
5.195.4	Notwendigkeit eines separaten Hafttrichters?	112
5.195.5	Fortsetzung der Untersuchungshaft	112
5.195.6	Haftbeschwerde und Haftüberprüfung	113
5.195.7	Kontakte des Inhaftierten mit der Aussenwelt	113
5.195.8	Weitere Modalitäten der Untersuchungshaft	114
5.196	Beschlagnahme	114
5.196.1	Allgemeine Voraussetzungen	114
5.196.2	Besondere Regeln für Schriftstücke, elektronische Daten und die Überwachung von Bankkonten	115
5.197	Durchsuchungen, psychiatrische Begutachtung, körperliche Eingriffe	116
5.197.1	Hausdurchsuchung	116
5.197.2	Durchsuchung von Personen, Fahrzeugen und Effekten	116
5.197.3	Körperliche Untersuchung; psychiatrische Begutachtung; körperliche Eingriffe	117
5.198	Überwachungsmassnahmen	117
5.199	Weitere Zwangsmassnahmen	119

5.2	<i>Besondere Vorschriften</i>	121
5.21	Die polizeilichen Ermittlungen	121
5.211	Ausgangslage	121
5.211.1	Die Polizei als wichtiger Akteur der Strafverfolgung	121
5.211.2	Das kantonale Polizeirecht	122
5.211.3	Selbständige und unselbständige polizeiliche Ermittlungen	122
5.212	Die selbständigen polizeilichen Ermittlungen	123
5.212.1	Nutzen und Ziel selbständiger polizeilicher Ermittlungen	123
5.212.2	Der Beginn selbständiger polizeilicher Ermittlungen	124
5.212.3	Die Ermittlungshandlungen	125
5.212.4	Abschluss der selbständigen polizeilichen Ermittlungen	128
5.213	Polizeiliche Ermittlungen im Auftrag der Justizbehörden	129
5.214	Die Aufsicht über das polizeiliche Vorgehen	130
5.22	Die richterliche Untersuchung	131
5.221	Die Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens	131
5.221.1	Prüfung von Strafanzeigen und -anträgen	131
5.221.2	Mögliche Entscheide	131
5.222	Die Untersuchung	133
5.222.1	Zweck der Untersuchung	133
5.222.2	Charakter des Untersuchungsverfahrens	133
5.222.3	Durchführung der Untersuchungshandlungen	134
5.222.4	Einvernahme des Beschuldigten	134
5.222.5	Rechtsmittel gegen Entscheide des Untersuchungsrichters	135
5.222.6	Abschluss der Untersuchung und Schlusseinvernahme	136
5.223	Entscheid über das weitere Verfahren	136
5.223.1	Die verschiedenen Möglichkeiten	136
5.223.2	Einstellung	136
5.223.3	Strafbefehl	137
5.223.4	Überweisung an das Gericht	137
5.23	Hauptverfahren	139
5.231	Vorbereitung der Hauptverhandlung	139
5.231.1	Aufgaben des Präsidenten	139
5.231.2	Vorsorgliche Beweisaufnahme	139
5.232	Wichtige Einzelfragen	140
5.232.1	Verfahrensleitung	140

5.232.2	Besetzung des Gerichts	140
5.232.3	Einheit der Hauptverhandlung	140
5.232.4	Grundsatz der Öffentlichkeit	141
5.232.5	Bild- und Tonaufnahmen	141
5.232.6	Zweiteilung der Hauptverhandlung (Schuld- bzw. Tatinterlokut)	141
5.232.7	Anwesenheit der Parteien	142
5.233	Verfahrensablauf	143
5.233.1	Vorfragen und Ergänzungsbegehren	143
5.233.2	Beweisverfahren	143
5.233.3	Ausdehnung des Verfahrens und Abweichung in der in der rechtlichen Beurteilung	144
5.233.4	Parteivorträge	144
5.234	Urteilsberatung und -eröffnung	145
5.234.1	Urteilsberatung	145
5.234.2	Urteilseröffnung	145
5.234.3	Vollständige Urteilsausfertigung	146
5.24	Zivilklage	147
5.241	Allgemeines	147
5.241.1	Mitwirkungsrechte des Verletzten	147
5.241.2	Begriff, Definition und Voraussetzungen der Zivilklage	147
5.242	Die Zivilklage und der Strafrichter	148
5.242.1	Situation in den Kantonen vor dem Opferhilfegesetz	148
5.242.2	Mindestregeln des OHG über die Zivilansprüche	148
5.243	Vorschläge der Kommission	149
5.243.1	Stellung als Zivilpartei	149
5.243.2	Verfahren und Urteil über die Zivilklage	149
5.25	Besondere Verfahren	150
5.251	Überblick	150
5.251.1	Was ist zu regeln?	150
5.251.2	Offene Fragen	150
5.252	Verfahren gegen Abwesende	151
5.252.1	Vorverfahren	151
5.252.2	Hauptverhandlung	151
5.252.3	Wiederaufnahmeverfahren	152
5.253	Strafbefehlsverfahren	153
5.253.1	Grundsätze	153
5.253.2	Inhalt des Strafbefehls	154

5.253.3	Rechtsmittel und Wirkungen	154
5.254	Verfahren bei nachträglichen richterlichen Anordnungen	155
5.26	Rechtsmittel	156
5.261	Heutige Situation in der Schweiz	156
5.262	Vorschläge der Kommission	157
5.262.1	Rechtsmittel auf der kantonalen Ebene	157
5.262.2	Rechtsmittel auf Bundesebene	161
5.27	Kosten und Entschädigungen	162
5.271	Gerichtskosten	162
5.271.1	Allgemeines	162
5.271.2	Grundsätze der Aufteilung von Kosten und Entschädigungen	163
5.271.3	Kostentragungspflicht des Beschuldigten bei Einstellung und Freispruch	163
5.271.4	Verzicht auf Kostenaufgabe	164
5.272	Entschädigung zu Unrecht verfolgter oder verurteilter Personen	164
5.272.1	Allgemeines	164
5.272.2	Entschädigung zu Unrecht verfolgter Personen	165
5.272.3	Entschädigung zu Unrecht verurteilter Personen	166
5.28	Rechtskraft und Vollstreckung	167
5.281	Rechtskraft	167
5.281.1	Eintritt der Rechtskraft	167
5.281.2	Feststellung und Mitteilung	167
5.282	Vollstreckung	168
5.282.1	Grundsätzliche Zuständigkeit der Kantone	168
5.282.2	Vollzugsbeginn bei freiheitsentziehenden Sanktionen	168
5.282.3	Vollstreckung von Bussen und Gerichtskosten	168
5.282.4	Weitere Vollstreckungsmodalitäten	169
5.282.5	Tragung der Kosten für den Vollzug freiheitsentziehender Sanktionen	169
5.282.6	Begnadigung	169
5.3	Schlussbestimmungen	170
	Stichwortverzeichnis	171

Literaturverzeichnis ¹

Gomm/Stein/Zehntner	<i>Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehntner</i> Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995
Hauser/Schweri	<i>Robert Hauser/Erhard Schweri</i> Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1997
Oberholzer	<i>Niklaus Oberholzer</i> Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994
Piquerez	<i>Gérard Piquerez</i> Précis de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Lausanne 1994
Piquerez (Aide aux victimes)	<i>ders.</i> La nouvelle loi sur l'aide aux victimes d'infractions : Quels effets sur la RC et la pro- cédure pénale ?, RJJ 1996, S. 1 ff.
Piquerez (L'avenir)	<i>ders.</i> L'avenir de la procédure pénale en Suisse, ZStrR 1992, S. 366ff., 379ff.
Schmid	<i>Niklaus Schmid</i> Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1993
Schmid (USA)	<i>ders.</i> Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2. Aufl., Heidelberg 1993

¹ In dieser Übersicht werden nur die wichtigsten, im Text häufig zitierten Werke genannt.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AB	Amtliches Bulletin
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20)
BBI	Bundesblatt
BetmG	Betäubungsmittelgesetz
BStP	Bundesstraßprozess (SR 312.0)
BV	Schweizerische Bundesverfassung (SR 101)
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101)
i.e.S.	im engeren Sinn
i.w.S.	im weiteren Sinn
KKJPD	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren
MMG	Bundesgesetz über die gewerblichen Muster und Modelle (SR 232.12)
MStP	Militärstraßprozess (SR 322.1)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OHG	Opferhilfegesetz (SR 312.5)
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente (SR 232.14)
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SJ	Semaine judiciaire
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StPO	Straßprozessordnung (z.B. BE-StPO : Straßprozessordnung des Kantons Bern)

SVG	Strassenverkehrsgesetz (SR 741.01)
u.U.	unter Umständen
VStrR	Verwaltungsstrafrechtsgesetz (SR 313.0)
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

1. Ausgangslage, Vorgehen, Perspektiven

Mit diesem Bericht legt die Expertenkommission auftragsgemäss ihr Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung vor. Dieses soll in der Folge mit einer interessierten Fachöffentlichkeit diskutiert und allenfalls später in einem ausformulierten Gesetzesentwurf konkretisiert werden.

1.1 Politisches und rechtliches Umfeld

■ **Verbrechen ohne Grenzen**

Der Kantons- und Landesgrenzen überschreitende, oft geradezu globale Charakter moderner Kriminalitätsformen, wie namentlich des organisierten Verbrechens, steht in schroffem Gegensatz zu den stark den Gemarkungen des eigenen Kantons verhafteten Strafprozessordnungen. Hie "Verbrechen ohne Grenzen", da 29 verschiedene Strafverfahrensgesetze - 26 kantonale und drei des Bundes² - für ein kleines Land, liesse sich die Ausgangslage plakativ umreissen.

Dieser Kontrast trägt nicht nur anachronistische Züge, sondern liegt vor allem auch quer zu den Bemühungen des Bundes sowie der Kantone, gerade diese Arten von Kriminalität wirkungsvoll zu bekämpfen.

■ **Faktische Vereinheitlichung schon fortgeschritten**

Namentlich die Rechtsprechung der Strassburger Menschenrechtsorgane und des Bundesgerichts hat in den vergangenen Jahrzehnten einen erheblichen Einfluss auf die bestehenden Strafverfahrensgesetze ausgeübt. Diese haben sich denn auch in vielen Punkten einander angenähert.

■ **Sieben Kantone wollen die Vereinheitlichung**

Auf diesem Hintergrund sind mehrere *parlamentarische Vorstösse* zu sehen, die entweder eine Harmonisierung³ oder die Vereinheitlichung des schweizerischen

² Bundesstrafprozess (SR 312.0), Militärstrafprozess (SR 322.1) und Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0)

³ Postulat der CVP-Fraktion vom 18.6.1993 (AB 1993 N 2533f.)

Strafprozessrechts⁴ verlangen. Sie wurden vom Parlament überwiesen.

Mit besonderem Nachdruck ertönt der Ruf nach der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts in den Kantonen. Nicht weniger als sieben von ihnen⁵ haben *Standesinitiativen* eingereicht, welche die Schaffung einer schweizerischen Strafprozessordnung verlangen. Das Parlament hat diesen Vorstössen Folge gegeben.

■ **Schritte zu interkantonomaler Harmonisierung**

Das Bedürfnis der Kantone nach einer Erleichterung des interkantonalen Verkehrs im strafprozessualen Bereich kommt deutlich zum Ausdruck im *Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen*⁶, das die Kantone unter der Federführung der Konferenz ihrer Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) geschaffen haben. Das Konkordat, dem heute alle Kantone beigetreten sind, ist seit Anfang November 1993 in Kraft. Nach den Vorschriften des Konkordates können kantonale Strafverfolgungsbehörden ihre Tätigkeit wenn nötig auch in anderen Kantonen ausüben und dabei ihr eigenes Prozessrecht anwenden. Das führt dazu, dass heute überall in der Schweiz sämtliche 26 Strafprozessordnungen zur Anwendung kommen können. Die Vereinheitlichung der Strafverfahrensrechte würde deshalb eine sehr viel einfachere und übersichtlichere Situation schaffen.

■ **Verfassungsgrundlage in Vorbereitung**

Die Schaffung einer schweizerischen Strafprozessordnung bedingt eine Änderung der Bundesverfassung, ist doch nach geltender Rechtslage "die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung" Sache der Kantone (Art. 64bis Abs. 2 BV).

Im Rahmen der zur Zeit vor den Eidgenössischen Räten hängigen *Reform der Bundesverfassung* ist eine Änderung der zitierten Regelung vorgesehen: die heutige Kompetenzordnung soll künftig nur noch gelten, "soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht" (Art. 114 Abs. 2 des Entwurfs zu einer revidierten BV)⁷. Damit wäre der Weg für ein eidgenössisches Strafverfahrensgesetz frei.

⁴ Motionen Rhinow vom 17.6.1994 (AB 1995 S, 329ff) und Schweingruber vom 31.5.1994 (AB 1995 N 2194ff.)

⁵ BS, SO, SG, BL, AG, TG (AB 1996 S, 244ff; N, 2374ff.) sowie GL (AB 1997 S, 590).

⁶ SR 351.71.

⁷ BBl 1997 I 1ff., insb. 525 f.

1.2 Der Auftrag

Die geschilderte Ausgangslage, besonders die im Kampf gegen die modernen grenzüberschreitenden Verbrechensformen zunehmend als hinderlich empfundene Zersplitterung des Strafverfahrensrechts in der Schweiz, veranlasste den Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD), die seit den vierziger Jahren immer wieder diskutierte Frage der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts aufzugreifen. Er setzte am 31. Mai 1994 eine Expertenkommission ein (vgl. unten Ziff. 1.3), welche die Frage prüfen sollte, *"ob im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung, insbesondere in den Bereichen der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens, eine vollständige oder teilweise Vereinheitlichung des Strafprozessrechts oder andere zweckdienliche Massnahmen angezeigt seien"*.

Im einzelnen erhielt die Kommission den *Auftrag*, die bereits durch Bundesgesetzgebung und Rechtsprechung eingetretene faktische Vereinheitlichung zu bestimmen, die wichtigsten Divergenzen zwischen den Prozessordnungen zu analysieren, die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns zu ermitteln und verschiedene Lösungswege zu entwickeln. Schliesslich sollte die Kommission ein oder mehrere *Regelungskonzepte* ausarbeiten, *"die den Interessen der effizienten Strafverfolgung, der Wahrung der Beschuldigtenrechte sowie der zuverlässigen Entscheidfindung optimal Rechnung tragen"*.

1.3 Die Expertenkommission

1.31 Zusammensetzung

Die Expertenkommission stand unter dem *Präsidium* von Dr. Peter Müller, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz. Im übrigen setzte sich die Kommission wie folgt zusammen:

■ Vertreter der Rechtswissenschaft

Prof. Franz Riklin, Freiburg i.Üe.

Prof. Gérard Piquerez, Porrentruy

■ Vertreter kantonaler Strafverfolgungsbehörden

Jean-Marc Schwenter, procureur général, Lausanne

Dr. Felix Bänziger, Staatsanwalt, Trogen AR ⁸

■ Vertreter der KKJPD

Regierungsrat Paul Huber, Luzern

■ Vertreter der Bundesverwaltung

Carla Del Ponte, Bundesanwältin ⁹

Fürsprecher Rudolf Wyss, Vizedirektor des Bundesamtes für Polizeiwesen

Dr. Martin Keller, Vizedirektor im Generalsekretariat EJPD

Das *wissenschaftliche Sekretariat* der Kommission führten Dr. Peter Ullrich, Jean-Pierre Kureth, Dr. Ernst Gnägi und Dr. Frank Schürmann, alle Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz.

1.32 Arbeitsweise der Kommission

Die Expertenkommission hielt in der Zeit von Mitte 1994 bis Herbst 1997 28 zu-
meist ganztägige Sitzungen ab. Sie führte ihre Diskussionen gestützt auf Ar-
beitsunterlagen, die teils vom wissenschaftlichen Sekretariat, teils von einzelnen
Experten vorbereitet wurden.

Die Kommission führte zweimal *Hearings* mit aussenstehenden Sachverständi-
gen durch. So liess sie sich durch Prof. Hans Dubs, a. Bundesrichter, und Dr.
Thomas Hug, Erster Staatsanwalt in Basel, am Beispiel der Kantone Basel-Stadt
und Zürich über verschiedene *Strafverfolgungsmodelle* informieren. In einer
weiteren Anhörung orientierten die Herren Dr. Markus Peter, ehemals Substitut
des Bundesanwalts, Andreas Rapp, Oberzolldirektion, und Peter Schneeberger,
Eidg. Steuerverwaltung, die Kommission über praktische Aspekte des *Verwal-
tungsstrafrechts* und den allfälligen Bedarf nach dessen Eingliederung in eine
eidgenössische Strafprozessordnung.

⁸ Nach seiner Wahl zum Substituten der Bundesanwältin nahm Dr. Bänziger ab Mitte
1996 den Kommissionssitz von Bundesanwältin Del Ponte ein, die auf den gleichen
Zeitpunkt aus der Kommission ausschied.

⁹ Bis Mitte 1996.

Im übrigen liessen sich die Mitglieder der Expertenkommission regelmässig über den Stand der Arbeiten an der Revision des *Organisationsgesetzes der Bundesrechtspflege* (OG) ¹⁰ und deren Implikationen auf die Strafgerichtsbarkeit in Kenntnis setzen.

1.33 Zwischenbericht von Januar 1995

Die Expertenkommission erstattete dem Vorsteher des EJPD wunschgemäss Anfang 1995 einen Zwischenbericht ¹¹ über ihre Arbeiten.

Darin fasste sie ihre Erhebungen über die heutigen Lücken und Defizite in der Strafverfolgung zusammen. Sie machte verschiedene Vorschläge für die kurz- und längerfristige Verbesserung der Effizienz in der Strafverfolgung (Einzelheiten siehe unten in Kapitel 2, Ziff. 2.2). Zudem gab die Kommission eine Übersicht über den Einfluss der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf das Strafprozessrecht der Kantone.

1.4 Der Konzeptbericht

1.41 Absichten

Mit dem vorliegenden Konzeptbericht verfolgt die Kommission dreierlei Absichten: Sie will darin die Inhalte einer künftigen gesamtschweizerischen Prozessordnung in den Grundzügen skizzieren, die damit verbundenen Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation der Kantone darstellen und zu rechtspolitischen Grundsatzenfragen, die einer Entscheidung harren, Stellung beziehen.

■ **Wie könnte eine eidgenössische StPO aussehen?**

Hauptsächlicher Gegenstand dieses Berichts ist eine Darstellung der möglichen Grundzüge - eben des *Konzepts* - einer künftigen eidgenössischen Strafprozessordnung. Die Expertenkommission hat bewusst darauf verzichtet, ausformulierte Lösungen, konkrete Gesetzesbestimmungen, zu entwickeln. Es erschien ihr beim jetzigen frühen Stand der Diskussion angebrachter, das mögliche "Gesicht" einer

¹⁰ Dieser Erlass soll neu Bundesgesetz über das Bundesgericht heissen; eine Vernehmlassung über den diesbezüglichen Vorentwurf wurde Anfang Oktober 1997 eröffnet.

¹¹ Commission d'experts "Unification de la procédure pénale": Rapport d'activité intermédiaire, Bern, Januar 1995.

unifizierten StPO vorerst einmal nur zu skizzieren. Was im Bericht steht, sind also *Vorschläge*, oft auch nur eine Diskussionsbasis, und damit keineswegs eine abschliessende Stellungnahme. Die öffentliche Diskussion über den Bericht wird, auch nach Meinung der Kommission, wohl noch manchen Schwerpunkt etwas anders setzen.

■ ***Welches sind die Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation der Kantone?***

Die Leser, zumal die kritischen, skeptischen oder gar ablehnenden, sollen sich im Bericht möglichst konzis informieren können, welche Auswirkungen eine vereinheitlichte Strafprozessordnung auf die kantonale Gerichtsorganisation hätte und welche Umstellungsarbeiten die Kantone auf diesem Gebiet leisten müssten. Besonders auch auf die - politisch äusserst sensiblen - Fragen, welches Strafverfolgungsmodell denn einer einheitlichen Strafprozessordnung zugrundegelegt und welches Rechtsmittelsystem gewählt werden soll, möchte der Konzeptbericht ehrliche Antworten geben (vgl. unten Kapitel. 3 und 5.26).

■ ***Neue strafprozessuale Instrumente***

In der Fach- wie auch in der politischen Diskussion werden zum Teil neue strafprozessuale Instrumente gefordert. Man denke etwa an den *Kronzeugen* - in Italien unter dem Schlagwort "pentiti" bekannt - oder das vor allem in den USA praktizierte *plea bargaining*. Auch von einem erweiterten Gebrauch des *Opportunitätsprinzips* erhofft man sich gelegentlich mehr Effizienz. Die Kommission präsentiert Überlegungen, die für oder gegen die Einführung solcher Instrumente sprechen.

1.42 Darstellung

■ ***Der Bericht als Spiegel der Vereinheitlichungsproblematik***

Wie sehr das Strafprozessrecht heute noch primär eine kantonale Materie ist, zeigte sich schon bei den Beratungen der Kommission und trat bei der Abfassung des Berichts erst recht zutage. Für jedes Kommissionsmitglied ist das eigene kantonale Strafprozessrecht bei allem Willen zur Vereinheitlichung natürlicherweise die nächstliegende Referenz.

Dies zeigte sich besonders bei der Übersetzung der französisch verfassten Beiträge ins Deutsche und umgekehrt. Hier stehen sich oft nicht nur zwei Sprachen gegenüber, sondern in gewissen Punkten geradezu zwei Rechtsanschauungen, was sich nicht nur in unterschiedlicher Terminologie, sondern auch in unterschiedlichen Haltungen zu Organisation und Ablauf der Strafverfolgung niederschlägt. Deshalb stiess die Übersetzung gelegentlich an ihre Grenzen, indem ge-

wisse Nuancen der einen nur annähernd in die strafprozessualen Kategorien der anderen Sprache übertragen werden konnten. Um dies gegenüber dem Leser offenzulegen, wird bei den übersetzten Abschnitten jeweils die Originalsprache vermerkt.

■ **Beiträge mehrerer Autoren**

Mehrere der Experten, insbesondere die Professoren Piquerez und Riklin, haben substantielle Beiträge zum Konzeptbericht geleistet. Auch die Mitglieder des wissenschaftlichen Sekretariates bereiteten diverse Kapitel zuhanden der Kommission vor. Diese hat sich um grösstmögliche Einheit von Darstellungsweise und Terminologie bemüht. Sie ist sich aber bewusst, dass angesichts der beschriebenen Arbeitsweise der Bericht nicht ganz aus einem Guss sein kann.

1.5 Die weiteren Perspektiven

Mit der Abgabe ihres Konzeptberichts an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat die Kommission eine erste Etappe auf dem Weg zu einer vereinheitlichten Strafprozessordnung abgeschlossen.

Sie schlägt dem Vorsteher des EJPD vor, den Konzeptbericht einer interessierten Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen. Dazu gehören sicher einmal die Kantone als am unmittelbarsten von diesem Vorhaben Betroffene, aber auch die Vereinigungen der Strafverfolgungsbehörden aller Stufen. Mit ihnen soll, im Verlaufe des Jahres 1998, im Rahmen von Hearings und Fachtagungen, das vorliegende Konzept einer vereinheitlichten Strafprozessordnung erörtert werden.

Vorausgesetzt, diese Diskussionen lassen eine prinzipielle Zustimmung zur vorgeschlagenen Generalrichtung erkennen, könnte anschliessend ein ausformulierter Gesetzestext erarbeitet werden. Dieser würde, wohl nicht vor dem Jahre 2000, Gegenstand eines eigentlichen Vernehmlassungsverfahrens bilden.

Die entsprechende Botschaft könnte zu Beginn des neuen Jahrhunderts vorliegen, die neue eidgenössische Strafprozessordnung - mit allen Vorbehalten - um das Jahr 2005 in Kraft treten.

2. Wozu ein vereinheitlichtes Strafprozessrecht?

Direkter Anlass für die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts ist die angestrebte Effizienzsteigerung im Kampf gegen grenzüberschreitende komplexe Verbrechensformen. Daneben legen aber weitere praktische und rechtsstaatliche Gründe ein einheitliches Strafverfahrensrecht nahe.

2.1 Jahrzehntelange wissenschaftliche Diskussion

Seit der Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts in der Schweiz wurde immer wieder die Frage erörtert, ob nun nicht auch das Strafprozessrecht eidgenössisch geregelt werden sollte. Diese Debatte wurde lange Zeit vorwiegend in wissenschaftlichen Kreisen geführt.

Anfänglich scheint freilich die Unterschiedlichkeit der kantonalen Strafverfahrensgesetze zu wenig praktischen Schwierigkeiten geführt zu haben; jedenfalls begegneten viele Juristen, die sich dazu äusserten, der Vereinheitlichungsidee mit Skepsis. So wurde etwa festgestellt, "dass zwar die Rechtszersplitterung auf dem Gebiete des Strafprozessrechts die einheitliche und vollkommene Anwendung des schweizerischen Strafrechts nachteilig beeinflusst, dass diese Nachteile aber nicht so gross sind, dass sie die Rechtseinheit auf dem Gebiete des Strafrechts verunmöglichen oder ernstlich gefährden könnten" ¹². Zur damals verbreiteten Zurückhaltung gegenüber einer Prozessrechtsvereinheitlichung mag zudem die Befürchtung beigetragen haben, die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts führe zu einer substantiellen Einschränkung der kantonalen Hoheit auf dem Gebiet der Gerichtsorganisation.

Die Richtung der wissenschaftlichen Diskussion hat sich seither deutlich geändert. In der jüngeren Literatur finden sich kaum noch Stimmen, die explizit eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts ablehnen. Die Unifikation wird von den Autoren mit recht unterschiedlicher Begründung postuliert: Die einen verweisen generell auf die "europäische Rechtsannäherung" ¹³ bzw. das "engere Zusam-

¹² WAIBLINGER, Zur Frage der Vereinheitlichung des schweiz. Strafprozessrechts, ZStrR 1952, S. 217ff., 220. Im gleichen Sinn hatten die beiden Referenten des Juristentages von 1946, CAVIN und COMTESSE, votiert; vgl. ZSR 1946 S. 1ff. bzw. 61a ff.

¹³ SCHULTZ, 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, ZStrR 1992, S. 31.

menrücken der europäischen Staaten" ¹⁴, ein anderer meint schlicht, "es wäre an der Zeit", sich nach der Vereinheitlichung des StGB auch des Strafprozessrechts anzunehmen ¹⁵, weitere weisen auf die durch Bundesrecht und höchstrichterliche Rechtsprechung bereits eingetretenen Annäherungen im Prozessrecht hin ¹⁶. Daneben greifen Autoren zur Begründung der Vereinheitlichung auch das wichtige praktische Problem der Effizienz auf ¹⁷. Nur vereinzelt trifft man in Publikationen aus neuester Zeit noch leichte Zurückhaltung gegenüber dem Vereinheitlichungswerk an ¹⁸.

2.2 Moderne Verbrechensformen als Anlass zur Vereinheitlichung

Seit einigen Jahren ist die Diskussion um die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts nicht mehr nur Domäne der Wissenschaft und der Strafrechtspraxis. Politiker und insbesondere die Kantone haben sich in die Debatte eingeschaltet und fordern die Schaffung einer eidgenössischen Strafprozessordnung ¹⁹. Anlass zur neuen Ausrichtung des Diskurses ist ohne Frage das Auftreten neuer Verbrechensformen, wie des organisierten Verbrechens oder der komplexen Wirtschaftskriminalität, mit ihrem ausgeprägt grenzüberschreitenden Charakter.

Von diesen Erscheinungen sind zuallererst die Kantone betroffen, denen die Strafverfolgung auch in diesen Fällen obliegt, und zwar unabhängig davon, ob sie über die nötigen personellen und organisatorischen Mittel verfügen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sie, mehr als andere, die Defizite des heutigen Systems erkennen und gelegentlich auch darunter leiden.

Dieses Themas hat sich die Expertenkommission am Anfang ihrer Arbeiten angenommen, und sie hat das Ergebnis ihrer Beratungen im Zwischenbericht von Januar 1995 ²⁰ zusammengefasst.

Die Kommission kam darin nach einlässlicher Analyse der heutigen Strafverfolgungsdefizite zum Schluss, dass namhafte Divergenzen zwischen den einzelnen kantonalen Strafprozessordnungen bestehen (z.B. Strafverfolgungsmodelle,

¹⁴ AESCHLIMANN, Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts, ZStrR 1992, S. 365.

¹⁵ TRECHSEL, Zum "Thesenpapier der Expertenkommission für die Revision des Gesetzes über die Strafrechtspflege", ZStrR 1991, S. 282ff., 298.

¹⁶ OBERHOLZER, S. 10; HAUSER/SCHWERI, S. 52, Rz. 2.

¹⁷ Erwähnt sei aus jüngerer Zeit namentlich PIQUEREZ (L'avenir), S. 379ff; vgl. auch etwa, aus weiter zurückliegender Zeit, das Votum von H.F. PFENNINGER am Juri- stentag 1946, ZSR 1946, S. 390a-393a.

¹⁸ So etwa HAUSER/SCHWERI S. 52 Rz. 3.

¹⁹ Vgl. oben Kapitel 1, Ziff. 1.1.

²⁰ Vgl. oben Kapitel 1, Ziff. 1.33.

Ablauf des Vorverfahrens, Beweismittel, Zwangsmassnahmen, Rechtsmittel gegen Entscheide der Strafverfolgungsbehörden), welche grenzüberschreitende Verfahren beträchtlich erschweren können; sie bildeten aber nicht die alleinige Ursache der Schwierigkeiten bei der Bekämpfung der komplexen Kriminalität.

Neben dieser spezifisch strafprozessualen Problematik erkannte die Kommission im Bereich der Organisation und der Ressourcen weitere Gründe für die erwähnten Defizite in der Strafverfolgung. So ortete sie bei den Strafverfolgungsbehörden, zumindest bei jenen kleinerer Kantone, tendenziell eine Überforderung. Diese ist ihrer Meinung nach darauf zurückzuführen, dass die Kantone in den Polizeikörpern, bei den Staatsanwaltschaften und Untersuchungsrichterämtern zum Teil gar nicht über den nötigen Personalbestand und die erforderliche Infrastruktur für die Bekämpfung der genannten Verbrechensformen verfügen. Zudem fehlt es den Strafverfolgungsbehörden oft an einschlägigem Know-how: es mangelt namentlich an Finanzanalysten, Informatikspezialisten und Betriebswirtschaftlern. Auch dies dürfte ein Grund dafür sein, dass komplizierte Verfahren vielfach zu lange dauern.

Diese Analyse führte denn auch zu verschiedenen spezifischen Vorschlägen der Kommission (z.B. erweiterte Verfahrenskompetenzen des Bundes), die in andere Projekte Eingang fanden.

Die Probleme rund um das komplexe und grenzüberschreitende Verbrechen können jedenfalls aber für sich beanspruchen, den unmittelbaren *Anlass* zur Anhandnahme des Vereinheitlichungswerks geliefert zu haben.

2.3 Weitere Gründe für eine Vereinheitlichung

Neben der erleichterten und damit effizienteren Verfahrensführung über die Kantonsgrenzen hinweg, was fraglos ein höchst aktuelles und wesentliches Argument für die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts darstellt (siehe oben Ziff. 2.2), lässt sich eine ganze Reihe weiterer Gründe nennen, die allesamt die Schaffung einer eidgenössischen Strafverfahrensordnung nahelegen ²¹.

²¹ Vgl. dazu auch den Zwischenbericht der Expertenkommission S. 9f.

■ **Vollendung der bereits eingetretenen Annäherung**

Die höchstrichterliche Rechtsprechung - die des Bundesgerichts und jene des Strassburger Menschenrechtsgerichtshofes - haben im Laufe der Jahrzehnte eine starke Annäherung zwischen den verschiedenen Strafprozessgesetzen bewirkt, und zwar nicht in marginalen Punkten, sondern häufig in rechtsstaatlich wesentlichen Fragen (etwa der Trennung des untersuchenden und des urteilenden Richters) ²².

Auch verschiedene Bundesgesetze haben die Annäherung gefördert: Im Jahre 1979 wurden mit dem Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre ²³ die Kantone aufgefordert, in ihren Strafprozessordnungen die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs neu zu regeln; bei den entsprechenden Revisionen nahmen die Kantone zumeist die Neuregelung des Bundesstrafprozesses zum Vorbild. Eine sehr einschneidende Änderung wurde mit dem Abschnitt "Schutz und Rechte des Opfers im Strafverfahren" des Opferhilfegesetzes ²⁴ gefordert, indem die Kantone die Regelung der Parteirechte insgesamt überprüfen mussten.

Hinzu kommt, dass im Zuge der in den letzten Jahren und Jahrzehnten erfolgten Revisionen kantonaler Strafprozessordnungen häufig *Anleihen* bei den entsprechenden Erlassen anderer Kantone gemacht wurden, so dass die "Gemeinsamkeiten (...) nicht zu übersehen" sind ²⁵.

Dass angesichts dieses "kalten Vereinheitlichungsprozesses" eine formelle Rechtsvereinheitlichung nicht mehr nötig wäre, kann freilich nicht gesagt werden ²⁶. Viel näher liegt, den bereits fortgeschrittenen Prozess der Annäherung zu vollenden.

■ **Mehr Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit**

Die Unterschiedlichkeit der Strafprozessordnungen ist eine Quelle von Unsicherheiten, welche die Rechtsposition des Einzelnen u.U. erheblich tangieren können. Zu denken ist einmal an die Schwierigkeiten, die bereits ein Rechtsanwalt haben kann - vom juristischen Laien ganz zu schweigen -, die strafprozessualen Pfade eines anderen als seines eigenen Kantons genügend auszu-

²² Vgl. die Einzelheiten im Anhang zum Zwischenbericht der Expertenkommission ("Zum Einfluss der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf das Strafprozessrecht der Kantone"); ebenso OBERHOLZER, S. 10.

²³ AS 1979 1170; dieses Bundesgesetz war ein reiner Änderungserlass, mit welchem durch Artikel 179octies und 400bis StGB die Minimalvorschriften für das kantonale Recht festgelegt wurden.

²⁴ SR 312.5.

²⁵ HAUSER/SCHWERI, S. 52, Rz. 2.

²⁶ Ständerat Rhinow in AB 1995 S. 330.

leuchten, um seinen Klienten richtig beraten zu können ²⁷. Oft reicht die blossе Kenntnis des Gesetzestexts nicht; die Finessen ergeben sich aus der schwer zugänglichen Gerichtspraxis oder aus ungeschriebener Übung.

Ähnliche Schwierigkeiten können sich bei der Umsetzung eines Entscheides der Strassburger Instanzen oder des Bundesgerichts ergeben. Es liegt auf der Hand, dass solche Entscheide, die oft generelle Auswirkungen haben, viel leichter umzusetzen wären, wenn statt 29 nur eine einzige Strafprozessordnung angepasst werden müsste.

Die quasi in jedem grenzüberschreitenden Fall auftauchende - und nicht immer klar zu beantwortende - Frage "was gilt?" führt naturgemäss auch zu mehr oder weniger ausgeprägten Rechtsungleichheiten ²⁸. Besonders drastisch zeigt dies ein jüngst vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen die Schweiz gefällter Entscheid: ein Untersuchungsgefangener war in kurzer Zeit mehrfach von einem Kanton zum anderen überstellt worden, wodurch sein Recht auf rasche richterliche Haftüberprüfung empfindlich geschmälert wurde ²⁹. Die Kommission hält dafür, dass auf dem Gebiet der Strafverfolgung dieser Preis für die föderalistischen Eigenarten vielfach zu hoch ist.

■ **Einheitlichere Anwendung des Bundesrechts**

Auch wenn nicht behauptet werden kann, die prozessuale Rechtszersplitterung verunmögliche geradezu die gleichförmige Durchsetzung des Bundesrechts ³⁰, so soll gleichwohl nicht vergessen werden, dass materielles Recht und Verfahrensrecht eng miteinander verbunden sind. Die prozessuale Norm ist gleichsam die Verlängerung der materiellen Norm, was zeigt, dass beide bestmöglich aufeinander abgestimmt sein müssten. Dies aber ist bei einer Vereinheitlichung der Prozessordnungen besser möglich ³¹.

■ **Bessere wissenschaftliche Durchdringung der Materie**

Zwar gibt es eine Reihe von Lehrbüchern und Monographien, die das Strafprozessrecht in der Schweiz beleuchten. Dennoch ist der wissenschaftliche *approach* an das Strafprozessrecht in unserem Lande erschwert durch die Tatsache der Rechtszersplitterung. Auch einem profunden Kenner der verschiedenen Strafprozessgesetze muss, wegen der Vielfalt, die vollständige Durchdringung des *schweizerischen* Strafprozessrechts verwehrt bleiben. Symptomatisch ist darum, dass die meisten grösseren Abhandlungen sich auf das Prozessrecht

²⁷ Vgl. FRITZSCHE, zit. in ZSR 1962, 2. Halbband, 409.

²⁸ Vgl. auch PIQUEREZ (L'avenir), S. 391.

²⁹ Vgl. Entscheid vom 26.9.1997 i.S. R.M.D. gegen die Schweiz (81/1996/700/892).

³⁰ Siehe oben Ziff. 2.1.

³¹ Vgl. auch Botschaft für eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I, 525.

eines Kantons stützen und von dieser Grundlage aus allgemeiner geltende Grundsätze ableiten ³².

Analoge Probleme treten bei der *Lehre* auf, indem den Studierenden - im Unterschied zu anderen Rechtsgebieten - nur bedingt ein Gesamtbild der *schweizerischen* Strafprozessrechtsordnung vermittelt werden kann. Diese häufig fragmentierte Sicht der Dinge setzt sich notgedrungen fort bei den rechtsanwenden Behörden.

Dieser erschwerte Blick aufs Ganze macht sich besonders prononciert da bemerkbar, wo etwa zuhanden eines internationalen Kongresses die schweizerische Situation in einem bestimmten strafprozessualen Bereich dargestellt werden soll ³³.

Es ist keine Frage, dass Forschung und Lehre von einem vereinheitlichten Strafverfahrensrecht stark profitieren würden, was wiederum günstige Effekte auf die Rechtsanwendung hätte.

■ **Leichterer interkantonaler Personaleinsatz**

In der Strafjustiz tätige Personen sind heute faktisch oft an den Kanton gebunden, mit dessen Prozessordnung sie vertiefte praktische Erfahrungen haben. Die Vereinheitlichung der Prozessgesetze würde zu einer grösseren Durchlässigkeit der Kantons Grenzen für Justizpraktiker führen, was für diese bessere Laufbahnchancen und für die Kantone ein grösseres Potential an qualifizierten Kräften zur Folge hätte. Eine spezifische Fachausbildung für höhere Beamte der Strafjustiz ("école de magistrature") liesse sich denn auch erst bei Bestehen einer einheitlichen Strafprozess-Gesetzgebung sinnvoll verwirklichen.

2.4 Absage an eine nur teilweise Vereinheitlichung

Die Kommission erörterte auch die Frage, ob allenfalls eine nur teilweise Vereinheitlichung in Betracht käme. Sie verneint letztere Frage mit Entschiedenheit und erteilt ebenso dem Gedanken eines blossen Rahmengesetzes eine Absage. Nur eine vollständige Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, die in ein Bundesgesetz zu kleiden ist, führt zu einer spürbaren Effizienzsteigerung auf dem Gebiet der Strafverfolgung. Vor allem aber vermöchte ein blosses Rahmengesetz die aus der heutigen Rechtslage folgende Rechtsunsicherheit nur teilweise zu beseitigen. Dies wiederum wäre der angestrebten Rechtsgleichheit abträglich.

³² Im gleichen Sinn PIQUEREZ (L'avenir), S. 381, der geradezu von "effets désastreux" der Rechtszersplitterung spricht.

³³ Siehe dazu die anekdotischen Hinweise von PFENNINGER, ZSR 1946, S. 391a.

Solche Defizite sind nicht nur auf innerstaatlicher Ebene störend, sondern wirken sich nicht minder in der zunehmend wichtigeren internationalen Rechtshilfe, negativ aus.

2.5 Fazit: Eine Kodifikation für die Zukunft

Wohl wird die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts nicht sämtliche Probleme, die sich in diesem Rechtsgebiet stellen, zu lösen vermögen. Man darf aber mit gutem Gewissen von der Vereinheitlichung eine deutliche *Verbesserung der heutigen Situation* erwarten. Dies namentlich hinsichtlich einer effizienten Strafverfolgung, der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sowie der wissenschaftlichen Durchdringung des Themas.

Neben dieser mit Recht vorab konkret-praktischen Ausrichtung des Vereinheitlichungswerkes darf auch ein *ideelles Element* nicht übersehen werden: Mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts soll an der Schwelle eines neuen Jahrhunderts quasi *eine der letzten grossen Gesamtkodifikationen* der Schweiz angepackt werden. Damit soll eine seit der Einführung des Strafgesetzbuches im Jahre 1942 bestehende *Pendenz* aufgegriffen und einer auch dem neuen *sae-culum* bzw. *millenium* wohlanstehenden Lösung zugeführt werden.

3.1 Das Strafverfolgungsmodell in einer vereinheitlichten Strafprozessordnung

Soll die eidgenössische Strafprozessordnung nicht ein blosses Rahmengesetz bleiben, so ist die Wahl eines einheitlichen Strafverfolgungsmodells unabdingbar. Die Kommission plädiert für ein Vorverfahren, das von Anfang an unter der Leitung eines unabhängigen Untersuchungsrichters steht und in dem die Staatsanwaltschaft ausschliesslich als Partei auftritt.

3.11 Grundtypen der Organisation im geltenden Recht

Wichtiges Wesensmerkmal jeder Strafprozessordnung bildet die Ausgestaltung des Vorverfahrens, d.h. die Organisation der Ermittlung und Untersuchung von Strafsachen bis zur Anklage. Die Einflüsse der verschiedenen Rechtstraditionen und Entstehungszeiten haben gerade in diesem Bereich zu einer ausgeprägten *Rechtszersplitterung* geführt. Dennoch lassen sich die geltenden Verfahrensgesetze einzelnen Organisationsmodellen zuordnen. Etwas vereinfacht können vier Modelle unterschieden werden, die nachfolgend als Untersuchungsrichter-Modelle I und II sowie als Staatsanwaltschafts-Modelle I und II bezeichnet werden. Bereits diese Einteilung macht deutlich, dass das primäre Merkmal darin zu sehen ist, ob das Vorverfahren im wesentlichen von einem Untersuchungsrichter oder aber von einem Staatsanwalt geführt wird.

3.111 Untersuchungsrichter-Modell I

Konstitutiv für dieses Organisationsmodell ist in erster Linie, dass das gesamte Vorverfahren unter der Führung eines *unabhängigen Untersuchungsrichters* steht. Das Vorverfahren ist eingliedrig, d.h. es zerfällt nicht in ein separates Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren. Die gerichtliche Polizei untersteht dem Untersuchungsrichter von allem Anfang an. Ihm obliegt in der Folge auch der Entscheid über die Eröffnung einer Voruntersuchung bzw. über die Verfahrenseinstellung, und er ist zum Erlass von Strafbefehlen zuständig. In seinem Arbeitsbereich untersteht er keinerlei Weisungsbefugnis; dies gilt auch für das ihm übergeordnete Gericht, ausser wenn es über Rechtsmittel und -behelfe gegen seine Amtsführung entscheidet.

Kennzeichnend für dieses Modell ist sodann, dass die Staatsanwaltschaft über keine selbständige Ermittlungskompetenzen verfügt. Sie tritt im Vorverfahren und bei der Überweisung als Partei auf und fungiert anschliessend als Anklägerin.

Dem Untersuchungsrichter-Modell I entsprechen die Prozessordnungen in den Kantonen GL, ZG, FR, SO, VD und VS.

3.112 Untersuchungsrichter-Modell II

Das zentrale Merkmal des Untersuchungsrichter-Modells II und gleichzeitig sein Hauptunterschied zum Untersuchungsrichter-Modell I besteht darin, dass der Untersuchungsrichter einer *Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft* untersteht. Es besteht somit eine Kompetenzverteilung zwischen Untersuchungsrichter (bzw. Untersuchungsbeamten) und Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Führung des Verfahrens und zuweilen auch der Anklagevertretung. Ausgestaltung und Ausmass der Abhängigkeit des Untersuchungsrichters von der Staatsanwaltschaft sind dabei unterschiedlich: Während in einigen Kantonen, die das Untersuchungsrichter-Modell II kennen, der Untersuchungsrichter zwar nicht rechtlich, jedoch faktisch unabhängig agiert, kann in anderen Kantonen der Staatsanwalt kraft weitreichender Mitwirkungs-, Aufsichts- und Weisungsrechte als eigentlicher Verfahrensleiter erscheinen.

Dem Untersuchungsrichter-Modell II sind die Verfahrensordnungen der Kantone ZH, BE, LU, SZ, OW, NW, BL, SH, AR, AI, SG, GR und TG zuzurechnen.

3.113 Staatsanwaltschafts-Modell I

Dieses Modell zeichnet sich durch eine *Zweiteilung des Vorverfahrens* aus: Hier leitet die *Staatsanwaltschaft* (und nicht der Untersuchungsrichter) im ersten Stadium - dem Ermittlungsverfahren - die gerichtliche Polizei und entscheidet anschliessend über die Fortsetzung der Strafverfolgung. Der unabhängige Untersuchungsrichter wird nur tätig, wenn er vom Staatsanwalt dazu beauftragt wird. Nach Abschluss der Voruntersuchung durch den Untersuchungsrichter ist wiederum der Staatsanwalt für die Anklageerhebung und die Verfahrenseinstellung zuständig.

Die Bezeichnung dieses Modells als "staatsanwaltschaftlich" rechtfertigt sich jedenfalls dann, wenn - wie etwa im Bundesstrafprozess - das gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren nicht auf den ersten Zugriff beschränkt bleibt und der Staatsanwalt insbesondere auch Zwangsmassnahmen ergreifen kann. Liegt demgegenüber das Hauptgewicht auf der Untersuchung, so liesse sich dieses System auch als „Untersuchungsrichter-Modell III“ bezeichnen.

Das Staatsanwaltschafts-Modell I hat seine Wurzeln in Frankreich. Es existiert in den Kantonen UR, AG, NE, GE und JU und ist auch im Bundesstraßprozess verwirklicht.

3.114 Staatsanwaltschafts-Modell II

Das Staatsanwaltschafts-Modell II zeichnet sich durch das *völlige Fehlen eines Untersuchungsrichters* aus. Der Staatsanwalt ist sowohl alleiniger Strafverfolger und Ermittlungsleiter als auch Partei in der Hauptverhandlung. Seine starke institutionelle Stellung in Verbindung mit seiner Funktion als Ankläger bedingt den Einbau von rechtsstaatlichen Sicherungen: So ist für den Erlass von Haftbefehlen und für die Bewilligung anderer freiheitsbeschränkender Zwangsmassnahmen die Mitwirkung eines Ermittlungsrichters erforderlich. Weiter wird die Begründetheit der Anklage in einem Zwischenverfahren richterlich geprüft. Kennzeichnend für das Staatsanwaltschafts-Modell II ist sodann eine strenge Handhabung des Unmittelbarkeitsprinzips im Hauptverfahren.

Das Staatsanwaltschafts-Modell II ist zum Beispiel im deutschen und italienischen Strafprozessrecht verwirklicht. In der Schweiz existiert es in den Kantonen BS und TI.

3.12 Vor- und Nachteile der einzelnen Strafverfolgungsmodelle

3.121 Allgemeines

Die Diskussion der verschiedenen Lösungen, die in der schweizerischen Prozessrechtslandschaft anzutreffen sind, hat rasch deutlich gemacht, dass es "das" Modell der Strafverfolgung, welches allen anderen überlegen wäre, nicht gibt. Die Praxis zeigt ohnehin, dass der tatsächliche Ablauf des Vorverfahrens durch die Modellwahl nur beschränkt vorgegeben ist.

Andere Parameter sind ebenso wichtig. Dazu gehört einmal die Ausgestaltung der Verteidigungsrechte und vor allem die Intensität der Mitwirkung des Staatsanwalts (je nach dem steht z.B. das Untersuchungsrichter-Modell II dem Untersuchungsrichter-Modell I oder aber dem Staatsanwaltschafts-Modell II näher). Wichtig ist sodann die Schnittstelle zwischen gerichtspolizeilichem Ermittlungsverfahren und Untersuchung (je kürzer das Ermittlungsverfahren, desto enger etwa die Verwandtschaft zwischen dem Staatsanwaltschafts-Modell I und dem Untersuchungsrichter-Modell I). Zu nennen ist schliesslich auch die Qualität der

eingesetzten Magistraten, ihre Ausbildung und Spezialisierung sowie die ihnen zur Verfügung gestellten Ressourcen.

Die Modellwahl sollte also, ungeachtet der zentralen Bedeutung, die ihr im Rahmen der Vereinheitlichung zukommt, *nicht ideologisiert* werden. Überprüft man die einzelnen Systeme im Lichte der Grundanforderungen an ein modernes Strafverfahren - das sind allen voran Effizienz und Rechtsstaatlichkeit - lässt sich kaum bestreiten, dass alle in den schweizerischen Verfahrensrechten vertretenen Modelle (die sich im übrigen auch in den ausländischen Prozessordnungen wiederfinden) diesen Grundanforderungen gemäss ausgestaltet werden können.

Wenn die Kommission gleichwohl eine Evaluation der einzelnen Modelle vorgenommen und deren Vor- und Nachteile einander gegenübergestellt hat, so geschah dies in der Überzeugung, dass eine vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung die Wahl des Modells nicht offen lassen kann (dazu näher unten Ziff. 3.132).

Zur Vermeidung von Wiederholungen werden im folgenden zwei Grundmodelle einander gegenübergestellt: *Vorverfahren mit Untersuchungsrichter* (Untersuchungsrichter-Modelle I und II sowie Staatsanwaltschafts-Modell I) und *Vorverfahren ohne Untersuchungsrichter* (Staatsanwaltschafts-Modell II).

3.122 Vorverfahren mit Untersuchungsrichter

Für ein Vorverfahren mit Untersuchungsrichtern lassen sich namentlich folgende Argumente ins Feld führen:

- Ein Verfahren mit Untersuchungsrichtern bietet tendenziell grössere Gewähr für ein *rechtstaatliches Verfahren*, ohne dass darunter die Effizienz der Strafverfolgung über Gebühr zu leiden hat.
- Das Untersuchungsrichter-Modell hat eine *lange und bewährte Tradition*.
- Es ist auch in der Schweiz in der einen oder anderen Form in der *grossen Mehrheit der Kantone* zu Hause; ein Modell ohne Untersuchungsrichter dürfte denn auch politisch chancenlos sein, da der Bund und vor allem 24 Kantone den Untersuchungsrichter abschaffen oder ihm zumindest wesentlich andere Funktionen zuweisen müssten.
- In komplexen Fällen ist es wichtig, dass im Vorverfahren *zwei Personen* das Dossier aus unterschiedlicher Warte prüfen.
- Im Hinblick auf den *Schutz der beschuldigten Person* und die Qualität des Verfahrens erscheint es ungünstig, wenn der Staatsanwalt zuerst als Leiter der Ermittlungen und anschliessend als Gegenpartei des Beschuldigten auftritt.

- Für die beschuldigte Person ist es nicht dasselbe, ob ungerechtfertigte Anschuldigungen bereits im Vorverfahren als solche erkannt und erledigt werden können (wofür ein untersuchungsrichterliches Vorverfahren grössere Gewähr bietet), oder ob dies erst im (öffentlichen) Hauptverfahren geschehen kann.
- Ein Staatsanwaltschafts-Modell ohne Untersuchungsrichter muss das Fehlen eines richterlichen Vorverfahrens durch *umfassende Sicherungen* kompensieren (insbesondere Einführung eines Haft- und Zwangsmittelrichters, Gewährung eines Beschwerderechts gegen Ermittlungshandlungen, Vorschaltung eines Anklagezulassungsverfahrens, verstärkte Beachtung des Unmittelbarkeitsprinzips in der Hauptverhandlung).
- Solche Ersatzsicherungen stellen den von einem Staatsanwaltschafts-Modell erhofften Gewinn an Effizienz in Frage.

3.123 Vorverfahren ohne Untersuchungsrichter

Für die Führung des Vorverfahrens ohne Untersuchungsrichter können folgende Gründe genannt werden:

- Ein Vorverfahren ohne Untersuchungsrichter *vermeidet Doppelspurigkeiten*, indem es die Verantwortung für die Führung der Strafuntersuchung in der Hand *eines* Magistraten belässt. Das Modell erscheint daher tendenziell als das effizienteste.
- Liegt die Führung der Strafuntersuchung in den Händen derselben Person oder jedenfalls derselben Behörde, die den Fall später auch vor Gericht zu vertreten hat, schafft dies ein *gesteigertes Verantwortungsgefühl* für die Untersuchungsführung.
- Das Modell schafft klare Verhältnisse in bezug auf die Stellung des Beschuldigten. Gerade weil dieser nicht einem Untersuchungsrichter gegenübersteht, ist sein Anspruch auf frühzeitige Gewährung der Verteidigungsrechte unabweisbar.
- Das Prinzip "*Vier Augen sehen mehr als zwei*", das zugunsten des Untersuchungsrichter-Modells ins Feld geführt wird, entfaltet in der Praxis nur beschränkte Wirkung. Es kommt nur zum Tragen, wenn Staatsanwalt *und* Untersuchungsrichter den Fall auch wirklich umfassend und unabhängig voneinander prüfen. Gerade das trifft aber häufig nicht zu: sei es, weil die Staatsanwaltschaft ihre Fälle schon anklagereif ermittelt, der Untersuchungsrichter also gar nicht wirklich zum Zug kommt, sei es, weil der Untersuchungsrichter den Fall von Anfang an auch und vor allem mit der Brille des Staatsanwalts behandelt, also nicht primär Richter, sondern Ermittlungsbeamter ist.

- Der Staatsanwalt ist zur *Objektivität* verpflichtet: er hat bezüglich des Beschuldigten sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände zu berücksichtigen.
- Als wirklich unabhängiger Richter kann, abstrakt gesehen, nur eine Person gelten, die kein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Das trifft für einen ausserhalb des Verfahrens stehenden Haft- oder Ermittlungsrichter, nicht aber für den Untersuchungsrichter zu.

3.13 Wahl eines Strafverfolgungsmodells und Begründung

3.131 Notwendigkeit der Wahl

Die Kommission stützte sich auf den Grundsatz, dass eine vereinheitlichte Strafprozessordnung nur soweit wie unbedingt notwendig in die Gerichtsorganisation der Kantone eingreifen soll. Sie ist auch überzeugt, dass grundsätzlich alle im geltenden Strafprozessrecht vertretenen Modelle ein rechtsstaatliches und effizientes Strafverfahren ermöglichen. Die Kommission hat daher geprüft, ob nicht eine Verfahrensordnung geschaffen werden könnte, die sich auf alle diese Modelle anwenden liesse.

Die neue Prozessordnung müsste in diesem Fall die am Vorverfahren beteiligten Behörden ³⁴ sehr allgemein und von ihrer Funktion her definieren. Ein solches Vorgehen würde aber dem Anspruch einer Verfahrensvereinheitlichung nicht mehr entsprechen. So liesse sich beispielsweise kaum vorsehen, dass die Anklagebehörde der Untersuchungsbehörde übergeordnet und ihr gegenüber weisungsberechtigt ist, wenn sie in einem anderen Kanton gleichzeitig eine auf ein Antragsrecht beschränkte Behörde sein kann. Weiter wären gewisse Zwangsmassnahmen je nach Modell vom Untersuchungsrichter, von der Anklagebehörde oder aber von einer richterlichen Behörde (Ermittlungsrichter) anzuordnen.

Gleiches gilt auch für viele weitere, für den Gang des Verfahrens zentrale Entscheide: z.B. Eröffnung und Einstellung des Verfahrens, Strafbefehl, Anklageerhebung. Angesichts der vielfältigen Interdependenzen zwischen den einzelnen Verfahrensabschnitten müssten viele andere Regelungen, die mit der Rollenverteilung zwischen Untersuchungs-, Anklage- und richterlicher Behörde zusammenhängen, ebenfalls offen bzw. alternativ formuliert werden. Die eidgenössische Strafprozessordnung würde damit auf ein - schwer zu redigierendes - Rahmengesetz reduziert, das bestenfalls einzelne Verfahrenselemente harmonisieren könnte. Dies entspräche indessen nicht der klaren politischen Vorgabe

³⁴ Ermittlungs- und Untersuchungsbehörde, Anklagebehörde, richterliche Behörde (z.B. Haftrichter).

von Bundesrat und Parlament, welche auf eine eigentliche Vereinheitlichung des Strafprozessrechts abzielt.

Vor diesem Hintergrund hielt es die Kommission für unausweichlich, sich für eines der oben in Ziff. 3.11 skizzierten Modelle zu entscheiden.

3.132 Präferenzen für das Untersuchungsrichter-Modell I

Die Wahl des Strafverfolgungsmodells ist, wie gesagt, nur in beschränktem Umfang Voraussetzung oder gar Garant für ein rechtsstaatlich einwandfreies und gleichzeitig effizientes Strafverfahren. Ebenso fest steht, dass im Grunde alle bekannten und in der Praxis eingespielten Strafverfolgungsmodelle grundsätzlich tauglich sind. Insofern könnte an sich jedes dieser Modelle als Grundlage für eine vereinheitlichte Strafprozessordnung dienen.

Wären Effizienz und Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens die einzigen Kriterien gewesen, hätte sich die Kommission wohl nicht zu einer Mehrheitsentscheid für eines der vier Modelle durchringen können. Von grundlegender Bedeutung ist indessen, dass das gewählte System für eine grösstmögliche Zahl von Kantonen nicht zu einem grundsätzlichen Systemwechsel führt, sondern nur massvolle und konsensfähige Anpassungen der geltenden Organisation erfordert. Misslingt eine Einigung über das Strafverfolgungsmodell, ist nach dem oben Gesagten zu befürchten, dass das Reformwerk als Ganzes scheitern könnte.

Demgemäss dürfte dasjenige Modell am besten akzeptiert werden, das die Kantone am wenigsten zur Aufgabe vertrauter Strukturen zwingt und das sich mit den geringsten organisatorischen und personellen Änderungen realisieren lässt.

Die Kommission gelangte mehrheitlich zum Schluss, dass das *Untersuchungsrichter-Modell I* diesen Vorgaben am ehesten gerecht wird. In der Tat dürfte dieses Modell von den 18 Kantonen (vgl. oben Ziff. 3.112 und 113), die heute das Untersuchungsrichter-Modell II oder das Staatsanwaltschafts-Modell I kennen, mit vergleichsweise geringen Änderungen und beschränktem Aufwand eingeführt werden können.

Darüber hinaus kommen die Vorteile, die im allgemeinen einem Vorverfahren mit Untersuchungsrichtern zugeschrieben werden (oben Ziff. 3.12), im Untersuchungsrichter-Modell I am wirksamsten zur Geltung.

Zudem weist dieses Modell spezifische *Vorzüge* auf, denen ein erhebliches Gewicht zukommt:

- Das Untersuchungsrichter-Modell I bietet ein *ausgewogenes Verhältnis* zwischen Verfahrensökonomie und Vieraugenprinzip. Es verwirklicht eine gewisse *Trennung der Funktionen*, indem die Verantwortung für die Anklage einer anderen Person bzw. Behörde als dem Untersuchungsrichter überbunden ist.

- Das Strafverfahren liegt von Beginn an, also bereits im Stadium des Ermittlungsverfahrens, in der Verantwortung eines *unabhängigen Richters*.
- Im untersuchungsrichterlichen Vorverfahren stehen sich Staatsanwalt und Beschuldigter als *gleichberechtigte Parteien* gegenüber. Ihre Rechte sind durch Mitwirkungs- und Rechtsmittelmöglichkeiten gewahrt.
- Anders als bei allen anderen Modellen *entfällt hier die Notwendigkeit eines Haftrichters*. Generell dürfte das Untersuchungsrichter-Modell I im Hinblick auf mögliche künftige Entwicklungen in der EMRK-Rechtsprechung weniger Probleme aufgeben als namentlich etwa das Untersuchungsrichter-Modell II.
- Das Modell schafft eine wichtige Grundvoraussetzung für die *Entlastung des Hauptverfahrens*, indem es die verfahrensökonomisch gebotenen Lockerungen des Unmittelbarkeitsprinzips erlaubt.
- Der unabhängige Untersuchungsrichter ist als *Strafbefehlsrichter* und für die Handhabung eines gemässigten *Opportunitätsprinzips* besonders geeignet. Diese das Strafverfahren entlastenden Mittel können folglich grosszügiger eingesetzt werden.
- Das Untersuchungsrichter-Modell I lässt sich schliesslich so *flexibel handhaben*, dass es zur Bewältigung der Bagatellkriminalität sowie der schweren und komplexen Kriminalität gleichermassen geeignet ist.

3.14 Auswirkungen der Modellwahl auf die Gerichtsorganisation

Die Wahl des Untersuchungsrichter-Modells I für die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung hat selbstverständlich Auswirkungen auf die Organisation der Strafjustiz in Kantonen, die heute einem der anderen Modelle - Untersuchungsrichter-Modell II, Staatsanwaltschafts-Modell I oder II - folgen. Diese Konsequenzen betreffen in erster Linie die Organisation der Untersuchungs- und Anklagebehörde.

3.141 Auswirkungen in Kantonen mit Untersuchungsrichter-Modell II

In den Kantonen, die das Untersuchungsrichter-Modell II kennen, ist vor allem im Hinblick auf die Garantien des Art. 5 Ziff. 3 EMRK die Stellung des Untersuchungsrichters so auszugestalten, dass ihm die Funktion eines unabhängigen Richters zukommt. Es muss daher sichergestellt werden, dass keine andere Behörde durch Weisungen auf seinen Entscheidungsbereich Einfluss nehmen kann. Bestehende Weisungsrechte und Ermittlungskompetenzen der Staatsanwalt-

schaften sind deshalb aufzuheben, und zwar auch dort, wo in der Praxis von diesen Kompetenzen nicht wirklich Gebrauch gemacht wird.

Sodann muss die gerichtliche Polizei überall dort, wo dies nicht bereits der Fall ist, der Leitung und Aufsicht des Untersuchungsrichters unterstellt werden. Entsprechend der neuen Rollenverteilung zwischen Untersuchungsrichter (alleiniger Verfahrensleiter) und Staatsanwaltschaft (Partei im Vorverfahren und Ankläger im Hauptverfahren) dürften sich bei der quantitativen Verteilung von Staatsanwälten und Untersuchungsrichtern mehr oder weniger bedeutende Verschiebungen ergeben; die Gesamtzahl der benötigten Untersuchungsrichter und Staatsanwälte wird sich allerdings kaum wesentlich ändern.

3.142 Auswirkungen in Kantonen mit dem Staatsanwaltschafts-Modell I

In Verfahrensordnungen, die dem Staatsanwaltschafts-Modell I folgen, kommt es in erster Linie zu einer Kompetenzverschiebung von der Staatsanwaltschaft zum Untersuchungsrichter: die Staatsanwaltschaft wird auf die Funktionen als Partei und Anklagebehörde beschränkt, und insbesondere die Ermittlungskompetenzen sowie die Aufsicht über die gerichtliche Polizei gehen auf den Untersuchungsrichter über. Dementsprechend wird die Zahl der Untersuchungsrichter tendenziell zulasten der Staatsanwälte zu erhöhen sein. Kaum Änderungsbedarf dürfte sich hingegen bezüglich der institutionellen Stellung der Untersuchungsrichter (Unabhängigkeit) ergeben.

3.143 Auswirkungen in Kantonen mit dem Staatsanwaltschafts-Modell II

In den Kantonen, die das Staatsanwaltschafts-Modell II kennen, bedingt der Übergang zum Untersuchungsrichter-Modell I die (Wieder-)Einführung von Untersuchungsrichtern. Diese Verpflichtung stellt einen vergleichsweise empfindlichen Eingriff dar, wenn man bedenkt, dass die beiden betroffenen Kantone Tessin und Basel-Stadt bewusst - und zum Teil erst kürzlich - auf ihre Untersuchungsrichter verzichtet haben.

Faktisch dürfte die Umstellung auf das Untersuchungsrichter-Modell I durch eine Umwandlung des grösseren Teils der bestehenden Staatsanwaltschaftsstellen in Untersuchungsrichterstellen zu bewerkstelligen sein. Gleichzeitig sind aber auch hier organisationsrechtliche Vorkehrungen nötig, damit die Unabhängigkeit der Untersuchungsrichter gewährleistet und ihre Aufsicht über die Gerichtspolizei statuiert wird. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die zu Untersuchungsrichtern gewordenen Staatsanwälte neu auch mit Aufgaben betraut werden, die ihnen in ihrer früheren Funktion verwehrt waren.

Generell dürfte auch hier der Systemwechsel kaum zu einer eigentlichen Umwälzung des Verfahrensrechts führen. Dennoch werden die Auswirkungen auf die Justizorganisation hier wohl am ausgeprägtesten sein.

3.144 Auswirkungen auf andere richterliche Behörden

Zumindest mittelbare Auswirkungen hat die Einführung des Untersuchungsrichter-Modells I auch auf die anderen im Strafverfahren mitwirkenden richterlichen Behörden. So kann durchgehend auf das Institut des Haftrichters verzichtet werden. Im Staatsanwaltschafts-Modell II ergeben sich zusätzliche Entlastungen durch den Wegfall des Ermittlungsrichters. Da im Untersuchungsrichter-Modell I auch die richterliche Anklageprüfung entbehrlich wird, sind hier für etliche Kantone weitere Entlastungen wahrscheinlich.

Gesamthaft gesehen dürfte die Einführung des Untersuchungsrichter-Modells I bei einer Mehrheit der Kantone tendenziell zu einer Verringerung der Geschäftslast ihrer übrigen Strafgerichtsbehörden führen. Dies gilt namentlich auch für die erstinstanzlichen Gerichte: Zum einen deshalb, weil der Untersuchungsrichter generell für den Erlass von Strafbefehlen zuständig wird. Zum anderen sollte auch die Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips per Saldo zu einer Entlastung führen.

Die wohl gewichtigste Verschiebung dürfte sich indessen aus der Lockerung des Unmittelbarkeitsprinzips im Hauptverfahren ergeben. Insbesondere in Kantonen mit bislang strengem Unmittelbarkeitsprinzip dürfte dies zu einer gewissen Ressourcenverlagerung von den erstinstanzlichen Gerichten zu den Untersuchungsrichtern führen.

3.15 Die Auffassung der Kommissionsminderheit

Die Kommissionsminderheit spricht sich für die Wahl des *Staatsanwaltschaftsmodells I* aus. Sie bringt dafür namentlich die folgenden Gründe vor:

- Das Staatsanwaltschaftsmodell I hat praktisch *alle Vorteile* des Untersuchungsrichter-Modells I (vgl. oben 3.13): Soweit Fälle von einer gewissen Tragweite vorliegen, besteht Gewaltentrennung im Vorverfahren, und die Verantwortung liegt bei einem unabhängigen Untersuchungsrichter. Das Modell ist EMRK-tauglich; es erlaubt Lockerungen des Unmittelbarkeitsprinzips und ermöglicht den Ausbau von Opportunitätsentscheidungen und der Strafbefehlskompetenzen.

- Für die *Bagatellkriminalität* ist das Staatsanwaltschafts-Modell I dem Untersuchungsrichter-Modell I überlegen. Der erste Magistrat, der die Akten einsieht - der Staatsanwalt -, erlässt bei Vorliegen genügender Beweise bereits den Strafbefehl; er scheidet auch eindeutig Straffloses oder Strafunwürdiges aus. Auf das Vieraugenprinzip kann bei der Bagatellkriminalität verzichtet werden.
- Das Staatsanwaltschafts-Modell I bindet die Staatsanwaltschaft von Anfang in die *Verantwortung* für das Strafverfahren ein, ganz im Gegenteil zum Untersuchungsrichter-Modell I, in welchem der Staatsanwalt meist erst nach Abschluss der Untersuchung zum Zuge kommt. Die Frage der Verantwortung ist von zentraler Bedeutung: Nur wer von Beginn an Kenntnis vom Verfahren hat und auch die ersten Weichen stellt, kann vor Gericht für Mängel der Strafuntersuchung verantwortlich gemacht werden.
- Im Untersuchungsrichter-Modell I ist die *Aufsicht* über den Untersuchungsrichter eher schwach ausgestaltet. Im Staatsanwaltschafts-Modell I ist sie durch das frühe Einschalten des Staatsanwalts sichergestellt. Der Staatsanwalt kann, da er von allen Untersuchungen Kenntnis hat, eine wirksame Kontrolle ausüben und nötigenfalls Rechtsmittel, z.B. wegen Rechtsverzögerung, einlegen.
- Das Staatsanwaltschafts-Modell I ist in der Schweiz zwar nicht stark verbreitet, doch trifft dies ebenso für das Untersuchungsrichter-Modell I zu. Die Auswirkungen auf die Kantone dürften bei einer Wahl des Staatsanwaltschafts-Modells I hingegen weniger drastisch sein als beim Untersuchungsrichter-Modell I. Insbesondere ist überall dort, wo die Staatsanwaltschaft bisher starken Einfluss auf die Untersuchung hatte (namentlich in Kantonen mit Untersuchungsrichter-Modell II und Staatsanwaltschafts-Modell II), ein Übergang zum Staatsanwaltschafts-Modell I leichter zu verkraften als derjenige zum Untersuchungsrichter-Modell I.
- Der Gefahr der Reduktion der richterlichen Voruntersuchung auf wenige Fälle im Staatsanwaltschafts-Modell I kann durch gesetzliche Vorgaben ohne weiteres entgegengewirkt werden. So ist es denkbar, eine direkte Überweisung an das Gericht auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen ein Strafbefehl der Staatsanwaltschaft angefochten wird, und für alle anderen Fälle die Voruntersuchung zwingend vorsehen. Aber auch mit weniger strengen Vorschriften - etwa einer Positivliste für die Anordnung einer Voruntersuchung oder dem Obligatorium der Voruntersuchung für Straffälle, die durch ein Kollegialgericht zu beurteilen sind - kann der Gefahr der Verkümmierung der Voruntersuchung begegnet werden.
- Insgesamt stellt das Staatsanwaltschafts-Modell I einen ausgewogenen Kompromiss zwischen der Rechtsstaatlichkeit und der Effizienz eines Verfahrens dar.

Die Kommission hat darauf verzichtet, das Staatsanwaltschaftsmodell I in ihrer Skizze eines künftigen schweizerischen Strafprozessrechts auszuformulieren. Ein Entscheid für die geschilderte Alternative würde gewisse, allerdings nicht sehr umfangreiche Änderungen des Konzepts der Mehrheit bedingen. Anzupassen wären insbesondere die Abschnitte über:

- die Strafverfolgungsbehörden,
- die Beweismittel (als Akteur käme neu auch der Staatsanwalt in Frage),
- die Zwangsmassnahmen (sofern man dem Staatsanwalt solche zugestehen will),
- die Eröffnung des Verfahrens,
- die polizeilichen Ermittlungen,
- Beginn und Ende der Voruntersuchung,
- die besonderen Verfahren (namentlich das Strafbefehlsverfahren).

3.2 Konsequenzen für Bund und Kantone

Bund und Kantone werden im Hinblick auf das Inkrafttreten einer vereinheitlichten Strafprozessordnung Anpassungen an ihren Gesetzgebungen und ihren Organisationen der Strafrechtspflege vorzunehmen haben. Diese Änderungen haben aber einmaligen Charakter, und es stehen ihnen vielfältige Möglichkeiten der Effizienzsteigerung und der Einsparung gegenüber.

3.21 Überblick

Die Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts hat für Bund und Kantone einige Konsequenzen. Entscheidende Vorteile einer Kodifikation sind bereits geschildert worden (oben Kapitel 2); auch die direkten Folgen der Modellwahl für das Vorverfahren wurden bereits besprochen (oben Kapitel 3.1, Ziff. 3.14). Darin erschöpfen sich die Auswirkungen der Vereinheitlichung indessen nicht. Es sollen deshalb hier die wichtigsten *gesetzgeberischen* und *organisatorischen* Aufgaben aufgezeigt werden, die sich für die Kantone und den Bund im Hinblick auf das Inkrafttreten einer schweizerischen Strafprozessordnung stellen.

3.22 Gesetzgebungsbedarf

Mit der Verabschiedung einer schweizerischen Strafprozessordnung wird auf mehreren Ebenen eine Anschlussgesetzgebung erforderlich.

3.221 In den Kantonen

Die Kantone werden mindestens in folgenden Bereichen tätig werden müssen:

- Sie müssen das sogenannte *"materielle"* Verfahrensrecht (also die nicht-organisatorischen Bestimmungen ihres Strafverfahrensrechts) im Anwendungsbereich der eidgenössischen Strafprozessordnung aufheben.

- Sie müssen ihre Regelungen überprüfen im Teilbereich des Strafverfahrensrechtes, welcher vom neuen Bundesrecht *nicht beschlagen* wird (Verfolgung von Strafsachen kantonalen Rechts, allenfalls Jugendstrafverfahren).
- Sie müssen ihr *Organisationsrecht* anpassen und namentlich die Aufgaben, welche sich aus dem neuen Bundesrecht ergeben, ihren verschiedenen Behörden zuweisen; zum Teil wird die Schaffung neuer oder die Umstrukturierung bestehender Behörden notwendig sein, wozu meist Gesetze geändert oder neu erlassen werden müssen.
- Kantone, die in ihrer Verfassung Einzelheiten des Strafprozessrechts oder der Gerichtsorganisation verankert haben, müssen diese Bestimmungen überprüfen und möglicherweise allgemeiner fassen oder streichen³⁵.

Dieser Aufwand ist indes *einmalig*, und es stehen ihm spätere *Einsparungen* gegenüber. In der Vergangenheit mussten die Kantone recht häufig Anstrengungen unternehmen, um ihr Strafprozessrecht auf den rechtlich und gesellschaftlich neuesten Stand zu bringen. Künftig wird diese Aufgabe dem Bund allein zukommen. Praxisänderungen des Bundesgerichts oder der Strassburger Organe müssen damit nicht mehr in 26 kantonalen Strafprozessordnungen nachvollzogen werden.

3.222 Im Bund

Die Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts hat auch Auswirkungen auf mehrere Erlasse des Bundes:

- Zwingend aufzuheben sind weite Teile des Bundesgesetzes über die *Bundesstrafrechtspflege* (BStP, SR 312.0), so namentlich der zweite Teil. Der erste Teil (Art. 1 bis 18 BStP) betreffend die Strafgerichtsverfassung des Bundes wird am ehesten durch ein eigentliches Einführungsgesetz zur neuen Strafprozessordnung zu ersetzen sein.
- Zu prüfen ist, wie sich die eidgenössische Strafprozessordnung zum Bundesgesetz über die *Organisation der Bundesrechtspflege* (OG, SR 173.110)

³⁵ Es betrifft dies insbesondere den Kanton Genf (SR 131.234), der in den Artikeln 12-38 unter dem Titel "liberté individuelle et inviolabilité du domicile" sehr eingehend die prozessualen Massnahmen der Anhaltung, der Vorladung, Vorführung, Verhaftung usw. regelt. In fast allen andern Kantonen sind die Bestimmungen über die Einschränkungen der persönlichen Freiheit und die Organisation der Justiz so allgemein gehalten, dass die Texte von der Vereinheitlichung nicht betroffen werden; eine Ausnahme betrifft den Kanton Uri (SR 131.214), der möglicherweise in Artikel 105 Absatz 1 Buchstabe a die Strafbefehlskompetenz des Staatsanwalts streichen muss, falls die vereinheitlichte StPO diese dem Untersuchungsrichter überträgt.

verhält. Es ist nicht auszuschliessen, dass Anpassungen des bis dann wohl totalrevidierten Organisationsgesetzes notwendig werden.

- Die prozessualen Bestimmungen des *Opferhilfegesetzes* (OHG, SR 312.5) müssen in die neue Strafprozessordnung überführt werden.
- Schliesslich sind als indirekte Folge der Vereinheitlichung Revisionen der Bundesgesetze über den *Militärstrafprozess* (MStP, SR 322.1) und über das *Verwaltungsstrafrecht* (VStrR, SR 313.0) ins Auge zu fassen.

Der Bund wartet mit den heute in Arbeit stehenden Strafrechts- und Strafprozessvorlagen (neue Verfahrenskompetenzen, Verdeckte Ermittlung, Telefonüberwachung, Dritter Teil StGB) nicht bis zur Realisierung eines gesamtschweizerischen Strafprozessrechts zu. Diese vorweggenommenen teilweisen Vereinheitlichungen sind für eine effiziente und rechtsstaatliche Strafverfolgung notwendig und können von den Kantonen auch nicht allein verwirklicht werden (z.B. Schaffung strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe); nach Schaffung einer eidgenössischen Strafprozessordnung werden solche jedoch entfallen. Der Bund wird nicht mehr in Spezialgebieten eigenes Recht setzen müssen, welches das kantonale Strafverfahrensrecht konkurrenziert und einschränkt, wie er dies etwa im Falle des Opferhilfegesetzes getan hat und wie er es bei den Vorlagen über die Verdeckte Ermittlung und über die Telefonüberwachung vorsieht.

3.23 Organisatorische Folgen

Eine Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts hat auch Folgen für die Organisation der Strafrechtspflege in Bund und Kantonen.

Die Verwirklichung der Vorstellungen der Kommission setzt voraus, dass jeder Kanton und der Bund

- *über unabhängige Untersuchungsrichter verfügt:*
Diese Forderung ist vor allem bedeutsam für die beiden Kantone, die den Untersuchungsrichter abgeschafft und die Strafverfolgung gänzlich den Staatsanwaltschaften zugeordnet haben; aber auch dort, wo zurzeit Untersuchungsrichter tätig sind, die in der einen oder anderen Form von der Staatsanwaltschaft abhängen, sind Anpassungen erforderlich.
- *seine Staatsanwaltschaft dem neuen Modell anpasst:*
Wo heute das Ermittlungsverfahren dem Staatsanwalt untersteht, ergeben sich Verschiebungen.

- *eine gerichtliche Behörde besitzt, die über Beschwerden gegen den Untersuchungsrichter und unter gewissen Voraussetzungen auch über die Anklagezulassung entscheidet (Anlagekammer):*
Nicht alle Kantone kennen bisher eine solche Institution.
- *zwei Gerichtsinstanzen mit voller Kognition zur Verfügung stellt:*
Hier ergibt sich vor allem beim Bund Handlungsbedarf, wo eine zweite Instanz (oder besser: die erste Instanz) fehlt; die Kantone, die bisher die Appellation nicht kannten, werden dies organisatorisch berücksichtigen müssen.

Der beschriebene organisatorische Aufwand ist ein *einmaliger*. Die Neuorganisation der Strafrechtspflege wird zwar Energien kosten; im Ergebnis soll aber kein aufwendigerer Justizapparat entstehen.

4.1 Ausnahmen vom Verfolgungszwang

Die Kommission spricht sich für ein gemässigtes Opportunitätsprinzip aus. Aus Opportunitätsgründen erlassene Einstellungsverfügungen müssen indes gerichtlich überprüfbar sein. Von der Einführung des plea bargaining ist dagegen abzusehen.

4.11 Überblick

Ausgangspunkt der Strafverfolgung ist das *Legalitätsprinzip*: Die zuständigen Behörden sind grundsätzlich verpflichtet, ein Strafverfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Verdachtsgründe für eine Straftat bekannt werden.

Das Legalitätsprinzip stösst allerdings an tatsächliche und rechtliche Grenzen. Sein Gegenstück, das *Opportunitätsprinzip*, ist zwar in seiner reinen Form in der Schweiz nicht weit verbreitet, doch gibt es viele Ausnahmen vom strikten Verfolgungszwang: Art. 66^{bis} StGB erlaubt den Verzicht auf Strafverfolgung, wenn der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat schwer betroffen ist, das Nebenstrafrecht sieht häufig Ausnahmen für leichte Fälle vor³⁶. Die neuen Strafprozessordnungen von Kantonen, die früher dem strikten Legalitätsprinzip verpflichtet waren, definieren Ausnahmen vom Verfolgungszwang³⁷.

Die Regelung von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip sind Sache des *Strafprozessrechts*. Dass das materielle Strafrecht des Bundes - wie oben angedeutet - Opportunitätsbestimmungen enthält, erklärt sich aus der Verlegenheit des Bundesgesetzgebers, der von Verfassungs wegen keine allgemein gültigen Verfahrensvorschriften erlassen kann. Bei den Arbeiten für die neue Strafprozessordnung sind insbesondere die Opportunitätsbestimmungen des totalrevidierten Allgemeinen Teils des StGB im Auge zu behalten; es handelt sich dort um die „Strafbefreiungsgründe“ der Artikel 54 ff. des Vorentwurfs (fehlendes Strafbedürfnis, Wiedergutmachung, Betroffenheit des Täters durch seine Tat).

Eine schweizerische Strafprozessordnung wird jedenfalls ohne *Ausnahmen vom Verfolgungszwang* nicht auskommen. Die Entwicklung der Kriminalität zwingt dazu, dass die Behörden Prioritäten setzen und in gewissen Konstellationen auf

³⁶ Etwa in Art. 100 Ziff.1 Abs.2 SVG, Art.23 Abs. 6 ANAG oder Art. 19a Ziff. 2 BetmG.

³⁷ Das aktuellste Beispiel ist dasjenige des Kantons Bern (Art. 4 BE-StPO).

Strafverfolgung verzichten, obwohl eine Straftat oder ein Verdacht auf eine solche bestehen.

4.12 Allgemeines oder beschränktes Opportunitätsprinzip?

Bei der näheren Ausgestaltung des künftigen Opportunitätsprinzipes kann nicht auf eine gesicherte gemeinsame Grundlage abgestellt werden. Die bisherigen kantonalen Lösungen reichen vom strikten Legalitätsprinzip bis hin zum allgemeinen, nicht näher umschriebenen oder beschränkten Opportunitätsprinzip. Immerhin ist eine klare Tendenz zu erkennen: Eine ganze Anzahl von Kantonen³⁸ hat in den letzten zwanzig Jahren Bestimmungen erlassen, die man unter dem Titel „gemässigttes Opportunitätsprinzip“ zusammenzufassen pflegt. Die im wesentlichen gemeinsamen Anwendungsfälle gehen auf Vorschläge von Professor Dr. Robert Hauser zurück, wie sie 1978 erstmals in der Strafprozessordnung des Kantons Appenzell Ausserrhoden umgesetzt wurden.

Die Kommission glaubt, dass an diese Entwicklung angeknüpft werden sollte. Die Strafprozessordnung soll die Konstellationen aufzählen, in denen auf Verfolgung und Bestrafung ausnahmsweise verzichtet werden kann. Ob diese Aufzählung schliesslich als abschliessend gilt oder ob die Behörden auch unter anderen, gleichwertigen Umständen Ausnahmen vom Verfolgungszwang treffen können, kann nach Auffassung der Kommission heute noch offen bleiben. Der Wunsch nach grösstmöglicher Vereinheitlichung und Gleichbehandlung spricht für eine abschliessende Aufzählung, derjenige nach möglichst viel Spielraum zugunsten der Kantone für eine offene Formulierung. Auch bei Annahme der offeneren Variante wäre jedoch in jedem einzelnen Falle auf die Berücksichtigung des Rechtsgleichheitsgebotes zu achten; Opportunität bedeutete auch dann nicht Willkür.

4.13 Die einzelnen Ausnahmen vom Verfolgungszwang

4.131 Beschränkung des Verfahrens auf die wichtigsten Straftaten

Die heutige Strafverfolgungspraxis ist gekennzeichnet durch die Zunahme äusserst komplexer Fälle. Drogen-, Wirtschafts- und organisierte Kriminalität fallen

³⁸ BE, LU, UR, SZ, OW, NW, ZG, FR [ab 1.12.1998], BS, BL, SH, AR, SG, AG, TG; ein formal nicht limitiertes Opportunitätsprinzip kennen VD, NE, GE, JU; vgl. HAUSER/SCHWERI, S. 188, Rz. 10 und 12.

durch ihre internationale Vernetzung auf. Die Einhaltung des Legalitätsprinzips erweist sich in vielen Fällen als faktisch unmöglich, will man nicht jahrelange Verzögerungen und im Ergebnis die Verjährung einzelner oder aller Tatbestände in Kauf nehmen. Ein optimaler Einsatz der Mittel ist nur möglich, wenn sich die Behörden auf Wichtiges konzentrieren und Nebensächliches auf sich beruhen lassen können. Diesem Zweck dient ein erster Anwendungsfall des Opportunitätsprinzips, die Beschränkung des Verfahrens auf die wichtigsten Straftaten.

Ein solches Vorgehen ist nichts Neues. Auch wo das Gesetz keine Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vorsieht, setzt der Staatsanwalt oder der Untersuchungsrichter Prioritäten. Aus seiner Sicht Unwichtiges lässt er beiseite. Ohne Rechtsgrundlage so zu verfahren, ist nicht nur rechtsstaatlich problematisch, sondern führt zum Ergebnis, dass überall dort, wo sich kein Opfer für die Strafverfolgung einsetzt, auf eine solche verzichtet wird, währenddem in strafrechtlich nicht schwer wiegenden Nebenpunkten, in denen sich ein Kläger stark engagiert, alle möglichen, vielleicht sehr aufwendigen Untersuchungshandlungen durchgeführt werden. Massstab der Opportunität wird hier fälschlicherweise der zu erwartende Widerstand des Verletzten. Richtig aber wäre eine objektive Gewichtung des einzelnen Tatbestands im Rahmen des gesamten Strafverfahrens.

Ein erster Anwendungsfall des gemässigten Opportunitätsprinzips soll eine solche Gewichtung ermöglichen. Danach kann auf die Strafverfolgung verzichtet werden, *wenn die Tat für die zu erwartende Strafe oder Massnahme nicht beträchtlich ins Gewicht fällt.*

4.132 Straftaten ohne Straffolgen

Ausgangspunkt für Überlegungen zu einer Ausnahme vom Verfolgungszwang im Falle von „Straftaten ohne Straffolgen“ ist Art. 68 Ziff. 2 StGB. Der dort beschriebene Mechanismus der Zusatzstrafe kann dazu führen, dass der Richter nach einem Schuldspruch für neu entdeckte Delikte zum Strafmass „null“ kommt, auf eine Zusatzstrafe also verzichtet. In solchen Konstellationen sollten die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren von vorneherein einstellen können.

Eine entsprechende Ausnahme vom Verfolgungszwang sollte indessen weit gefasst werden, gibt es ja noch andere Fälle, in denen trotz Verurteilung von Strafe Umgang zu nehmen ist (vgl. etwa Art. 21 Abs. 2 StGB: Rücktritt vom Versuch, oder Art. 23 Abs. 2 StGB: ungefährlicher untauglicher Versuch). Auf die Strafverfolgung wäre immer dann zu verzichten, *wenn im Falle eines Schuldspruchs von Strafe Umgang zu nehmen wäre.*

4.133 Geringfügige Straftaten

Ausgangspunkt vieler Diskussionen zur Einführung von Opportunitätsüberlegungen in das Strafprozessrecht war die „Bagatelle“, die „wegen mangelnder Strafwürdigkeit der Tat“ nicht weiter verfolgt werden soll. Die künftige schweizerische Strafprozessordnung müsste sicherlich auch eine Ausnahme für solche Konstellationen vorsehen.

Als Kriterien werden gemeinhin die objektive und subjektive Schwere der Tat genannt. Auf Strafverfolgung und Bestrafung wäre somit zu verzichten, *wenn Schuld und Tatfolgen gering sind*. Eine solche oder ähnliche Ausnahme vom Verfolgungszwang verdient, in das eidgenössische Strafprozessrecht eingeführt zu werden. Bei ihrer Formulierung ist im Auge zu behalten, dass die Schwere der Tat an ihrem Regelfall zu messen ist (andernfalls wäre jede mit Ordnungsbusse bedrohte Übertretung eine geringfügige, nicht zu verfolgende).

4.134 Straftaten mit Auslandberührung

Neuere Strafprozessordnungen sehen eine Ausnahme vom Verfolgungszwang vor, wenn eine Tat, für die (auch) schweizerische Gerichtsbarkeit besteht, von ausländischen Behörden genügend verfolgt wird. Die internationalen Überschneidungen und Inkongruenzen des Kollisionsrechts und die unterschiedliche Ausgestaltung des materiellen Strafrechts bezüglich Tatbestand und Sanktionen machen den Entscheid, ob man im Einzelfall im Hinblick auf ein ausländisches Verfahren auf Strafverfolgung verzichten soll, zu einem solchen der Opportunität.

Diese vierte Ausnahme vom Verfolgungszwang steht nicht im Konflikt mit der Strafübernahme als Instrument der internationalen Rechtshilfe. Sie kommt gerade dort zum Tragen, wo das Ausland aufgrund eigener Zuständigkeit und ohne ein schweizerisches Übernahmebegehren ermittelt.

Die zuletzt in Kraft getretene Bestimmung dieser Art ³⁹ lässt ein Absehen von der Strafverfolgung zu, wenn *„die Tat von einer Behörde des Auslandes verfolgt wird oder diese sich bereit erklärt hat, die Verfolgung einzuleiten“*.

³⁹ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 4 BE-StPO

4.14 Prozessuale Ausgestaltung

Die Formulierung von Ausnahmen vom Verfolgungszwang zieht die Frage nach sich, wer wann in welcher Form auf Verfolgung verzichtet und mit welchen Mitteln sich Dritte, insbesondere Geschädigte, gegen diesen Verzicht zur Wehr setzen können.

4.141 Anwendung nur durch Justizbehörden

Nach Auffassung der Kommission gehören Entscheide über Ausnahmen vom Verfolgungszwang in den Zuständigkeitsbereich der Justiz- und nicht der Polizeibehörden. Was der Polizei verbleibt, ist die „faktische“ Opportunität (Wahl des Mitteleinsatzes, Unmöglichkeit der Verzeigung aller festgestellten Übertretungen und dergleichen). Diese aber entzieht sich einer strafprozessualen Regelung.

4.142 Anwendung in jedem Verfahrensstadium

Ausnahmen vom Verfolgungszwang dienen vor allem dann der Effizienz der Strafverfolgung, wenn sie in einem frühen Verfahrensstadium verfügt werden. Das Gesetz sollte jedoch eine spätere Anwendung des Opportunitätsprinzips durch die zuständigen Justizbehörden nicht ausschliessen. Es kann vorkommen, dass erst bei Anklageerhebung oder gar erst im Laufe der Hauptverhandlung der Prozessstoff beschränkt werden muss oder ein Verfolgungsverzicht im Hinblick auf ein ausländisches Verfahren erfolgen soll.

4.143 Form des Entscheides

Einstellungen des Verfahrens aus Opportunitätsgründen sind formell zu verfügen und zu begründen. Einer der Vorteile des gemässigten Opportunitätsprinzips liegt gerade in der Transparenz des behördlichen Vorgehens. Das gesetzliche Opportunitätsprinzip unterscheidet sich dadurch von der gängigen versteckten Anwendung von Opportunitätsüberlegungen.

Je nach Anwendungsfall werden die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte das Verfahren endgültig oder auch nur vorläufig einstellen. Eine *vorläufige* Einstellung drängt sich dort auf, wo im Hinblick auf ein anderes Verfahren (z.B. dasjenige bezüglich der wichtigsten Straftaten oder das im Ausland eingeleitete) auf die Strafverfolgung verzichtet wird.

4.144 Rechtsmittel

Opportunitätsentscheide der *Strafverfolgungsbehörden* müssen beschwerdefähig sein. Sie sind auf Verlangen des Geschädigten oder des Staatsanwalts durch einen Richter mit voller Kognition zu überprüfen. Für den Rechtsschutz gegen *richterliche* Opportunitätsentscheidungen genügen die ordentlichen Rechtsmittel.

4.15 Plea bargaining ⁴⁰

4.151 Umschreibung

Im Zusammenhang mit den Ausnahmen vom Verfolgungszwang kann man sich fragen, ob nicht eine Regelung im Sinne des plea bargaining, wie es dem amerikanischen Strafprozessrecht bekannt ist, zu verwirklichen wäre.

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 ⁴¹. Das Ziel der Verhandlung kann auch unmittelbar eine mildere Bestrafung oder eine Einstellung des Verfahrens (bei Schadenswiedergutmachung) sein ⁴². Das ausgehandelte Resultat bedarf der gerichtlichen Genehmigung, die jedoch selten verweigert wird.

4.152 Plea bargaining im amerikanischen Strafverfahren

Für das Verständnis des Instituts bedarf es guter Kenntnisse des amerikanischen Strafverfahrens und der amerikanischen Rechtswirklichkeit. In den USA fehlt es der Staatsanwaltschaft oft an finanziellen und personellen Mitteln zur Verfolgung jeder bekannt gewordenen Straftat ⁴³. Die Staatsanwaltschaft hat deshalb beim Entscheid über die einzuklagenden Fälle und bei den Verhandlungen im Rahmen des plea bargaining eine grosse Machtfülle.

⁴⁰ Vgl. zu diesem Institut u.a. HERRMANN, Der amerikanische Strafprozess, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozess im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin/New York 1990, S. 133 f.; SCHMID (USA) S.59 ff.; BRUNNER, in: plädoyer 1997, S. 27.

⁴¹ Vgl. HERRMANN a.a.O., S. 150, SCHMID (USA), S. 59, BRUNNER, a.a.O. S. 27.

⁴² BRUNNER, a.a.O., S. 27.

⁴³ HERRMANN, a.a.O., S.139.

In den Vereinigten Staaten hat der Beschuldigte einen verfassungsmässigen Anspruch auf die Klärung der Schuldfrage in einer Hauptverhandlung mit einer unmittelbaren Beweisaufnahme (zumeist vor einer Jury); das ist mit einem sehr aufwendigen Prozedere verbunden. Ohne plea bargaining wären deshalb die Gerichte völlig überlastet ⁴⁴. Bis zu 90 % der Strafverfahren werden deshalb durch ein Schuldgeständnis erledigt ⁴⁵.

4.153 Kontroverse Beurteilung des plea bargaining

Nach Meinung der Kommission ist sicher der verfahrensökonomische Vorteil des Instituts hervorzuheben. Kritiker verweisen dagegen auf die Gefahr von Missbräuchen. Sie machen geltend, es finde ein unwürdiges Feilschen um die Gerechtigkeit bei einem nicht abgeschlossenen Beweisverfahren statt. Das Institut benachteilige sozial Schwächere (weil sie oft schlechter verteidigt sind) sowie Leute, die von Anfang an ein Geständnis ablegen ⁴⁶.

Ferner besteht für die Staatsanwaltschaft ein grosser Anreiz, einen Fall künstlich aufzublähen, um Spielraum für das Aushandeln zu gewinnen ⁴⁷. Auch besteht die Gefahr des unzulässigen Drucks auch auf Unschuldige ⁴⁸ und von Verdachtsstrafen. Dies trifft namentlich zu, wenn in komplexeren Fällen die Energien statt für eine seriöse Ermittlung für den Abschluss eines "Deals" eingesetzt werden.

Im Ergebnis werden durch die Praxis des plea bargaining die Beschuldigtenrechte stark eingeschränkt, weil die Schutzeinrichtungen der Hauptverhandlung nicht zum Zuge kommen.

4.154 Rechtslage in der Schweiz

Im Hinblick auf eine sinnvolle Prozesserledigung gibt es auch in unseren Breiten-graden offizielle und informelle Kontakte und Absprachen zwischen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und allenfalls Gerichten ⁴⁹.

⁴⁴ HERRMANN a.a.O., S. 150; SCHMID (USA), S. 59.

⁴⁵ HERRMANN a.a.O., S. 148; SCHMID (USA), S. 59.

⁴⁶ BRUNNER, a.a.O., S. 27.

⁴⁷ HERRMANN, a.a.O., S. 150; SCHMID (USA), S. 60.

⁴⁸ HERRMANN, a.a.O., S. 150 f.

⁴⁹ Vgl. HERRMANN, a.a.O., S. 151; ausserdem namentlich DONATSCH, Vereinbarungen im Strafprozess, ZStrR 1992, S. 159ff.; OBERHOLZER, Informelle Absprachen im Strafverfahren, AJP 1992, S. 7ff.; DERS., Absprachen im Strafverfahren - pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell?, ZStrR 1993, S. 157ff.; HAUSER/SCHWERI, S. 190.

Auf der gesetzlichen Ebene erwägt bisher in der Schweiz einzig der Kanton *Basel-Land*, im Rahmen einer Revision seiner Strafprozessordnung für die kleinere und mittlere Kriminalität eine Art des plea bargaining zu verankern. Danach könnte sich nach abgeschlossener Untersuchung die Staatsanwaltschaft mit dem geständigen Beschuldigten über Sanktion und Strafhöhe einigen - ohne freilich auf die Verfolgung anderer Delikte zu verzichten - und beim Gericht die Genehmigung der Vereinbarung beantragen. Vorausgesetzt wird, dass allfällige Zivilansprüche anerkannt oder mittels Vergleich erledigt sind ⁵⁰. Dieser Regelung wird nachgesagt, sie bringe kaum eine Effizienzsteigerung ⁵¹.

4.155 Fazit: Keine Einführung des plea bargaining

Gegen eine Übernahme des plea bargaining spricht, dass dieses Institut und seine Handhabung in den Vereinigten Staaten viele Aspekte enthält, die unserer Rechtskultur fremd sind. Verwiesen sei namentlich auf die grosse Machtfülle und die fehlende richterlichen Kontrolle der amerikanischen Staatsanwaltschaft. Stossend sind ferner die Rechtsungleichheiten, die man in Kauf nehmen muss, wenn man sich für das plea bargaining entscheidet. Erwähnt sei auch der negative Einfluss, den dieses Institut aus der Sicht der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts hat, wenn Staatsanwälte nach Belieben auf Anklagepunkte verzichten und den angenommenen Sachverhalt mit der Verteidigung absprechen können.

Eine Übernahme des plea bargaining drängt sich auch deshalb nicht auf, weil genügende und ausbaufähige Instrumente bekannt sind, um dem Aspekt der Verfahrensökonomie stärker Rechnung tragen zu können ⁵². Verwiesen sei namentlich auf die geplante Einführung eines gemässigten Opportunitätsprinzips (vgl. oben Ziff. 4.11. bis 4.14.) und das Strafbefehlsverfahren (vgl. unten Kapitel. 5.25).

⁵⁰ Vgl. BL-StPO § 149-151, 153; BRUNNER, a.a.O., S. 27.

⁵¹ BRUNNER, a.a.O., S. 27.

⁵² Vgl. BRUNNER, a.a.O., S. 27

4.2 Kronzeugenregelung

Die mit einer Kronzeugenregelung verbundenen Einbrüche in grundlegende Rechtsprinzipien wären nur unter der Voraussetzung eines eigentlichen Ermittlungsnotstandes hinnehmbar. Trotz den vom organisierten Verbrechen ausgehenden Gefahren ist eine solche Lage in der Schweiz weder festzustellen noch kurzfristig zu erwarten. Auf eine Kronzeugenregelung ist deshalb zu verzichten. Hingegen soll die sog. Aufklärungshilfe verstärkt Berücksichtigung finden.

4.21 Begriffliche Umschreibung

Insbesondere die Entwicklung des international organisierten Verbrechens hat in jüngerer Zeit vermehrt die Forderung nach einer Kronzeugenregelung laut werden lassen.

Der Kronzeuge ist gleichzeitig geständiger Täter und Informant. Zum Kronzeugen im eigentlichen Sinne wird er dadurch, dass er für seine Informationen eine Belohnung erhält.

Eine Kronzeugenregelung kann durch die Rechtsordnung mehr oder weniger weitgehend ausgestaltet sein. Massgebliche Gesichtspunkte sind etwa:

- auf welche Täter und Taten und in welchem Verfahrensstadium die Regelung Anwendung findet;
- welche Verhaltensweisen/Informationen des Kronzeugen berücksichtigt werden;
- welche "Gegenleistung" der Kronzeuge erhält;
- ob prozessuale Sondervorschriften bestehen, so insbesondere für die Beweisaufnahme und -verwertung sowie für den Personenschutz im Rahmen des Verfahrens;
- ob ausserstrafrechtliche Bestimmungen für die Gewährleistung von nachträglichen Schutzmassnahmen für gefährdete Kronzeugen bestehen.

4.22 Ansätze zu einer Kronzeugenregelung im geltenden schweizerischen Recht

Artikel 260ter StGB (Kriminelle Organisation) bestimmt in seiner Ziffer 2, dass *der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern kann, wenn der Täter sich bemüht, die weitere verbrecherische Tätigkeit der Organisation zu verhindern.*

Der Ansatz zu einer Kronzeugenregelung liegt darin, dass die Formulierung nicht nur direkte Vereitelungshandlungen des Täters abdeckt, sondern auch einschlägige Mitteilungen an die Strafverfolgungsbehörden.

Im Unterschied zu einer ausgebauten Kronzeugenregelung ist diese Bestimmung in ihrer konkreten Wirkung auf das Hauptverfahren (Urteilsverfahren) beschränkt und lässt sie auch hier keinen Raum für vorgängige Zusicherungen. Wohl kann der Richter (oder auch schon der Untersuchungsbeamte) den Angeschuldigten auf die Existenz und die Tragweite der Bestimmung aufmerksam machen; konkrete Zusagen im Hinblick auf die auszufällende Strafe kann er jedoch nicht abgeben. Auch entgeht der Täter der Bestrafung nicht vollständig. Schliesslich existieren in der Schweiz keine kronzeugenspezifischen Prozess- und Zeugenschutzbestimmungen.

4.23 Rechtsvergleich

Die Rechtslage in Ländern mit ausgebauten Kronzeugenregelungen präsentiert sich, am Beispiel der USA, Italiens und Deutschland, wie folgt:

4.231 USA

Der Kronzeuge hat seine Wurzeln im ungeschriebenen englischen Recht. Erhebliche praktische Bedeutung hat er im US-amerikanischen Strafverfahren erlangt. Zentraler Ausgangspunkt bildet das verfassungsrechtlich besonders geschützte Recht des Angeschuldigten, sich nicht selber belasten zu müssen. Dieses sehr weitreichende verfassungsmässige Privileg kann nun dadurch umgangen (bzw. gewahrt) werden, dass der Angeschuldigte als Zeuge von jeder Verfolgung und Strafe für die in seiner Aussage enthaltenen Tatsachen freigestellt wird (sog. immunity).

■ **Bedeutung des Kronzeugen**

Die praktische Bedeutung des Kronzeugen in den USA lässt sich zudem auf folgende weitere Gründe zurückführen: Durch die Konstruktion des Strafverfahrens als Parteienprozess steht dem Staatsanwalt eine wesentlich grössere Verfügungsgewalt über den Prozessstoff zu als hierzulande. Zudem bestehen im amerikanischen Prozess vergleichsweise strenge Beweisanforderungen. Gleichzeitig wird die Beweisführung durch das komplexe und zeitraubende Verfahren des Schwurgerichts zusätzlich erschwert.

Das Institut des Kronzeugen existiert in den USA in zwei Grundformen: als *immunity* und als Spielart des *plea bargaining*.

■ **Immunity**

Der Verfahrensablauf bei immunity lässt sich folgendermassen beschreiben: Zur Stützung seines Antrags auf Anklageerhebung muss der Staatsanwalt vor der grand jury (Anklagekörper) schlüssiges Beweismaterial vorlegen, wobei namentlich Zeugen in Betracht kommen. Dabei kann der Staatsanwalt mit der Situation konfrontiert sein, dass sich ausserhalb des potentiellen Täterkreises voraussichtlich kein genügendes Belastungsmaterial finden lässt. Die potentiellen Täter oder Teilnehmer werden sich ihrerseits im Zweifel auf ihr verfassungsmässiges Aussageverweigerungsrecht berufen. Will nun der Staatsanwalt einen Tatverdächtigen als Belastungszeugen zur Stützung der Anklage in das Verfahren einbringen, so stellt er beim Gericht (court) für diese Person den Antrag auf immunity. Gibt das Gericht dem Antrag statt, wird die betreffende Person verfahrensrechtlich zum Zeugen und kommt in den Genuss der immunity.

Ob und für wen der Staatsanwalt einen Antrag auf immunity stellt, bleibt seinem freien Ermessen und seiner Prozesstaktik überlassen. Idealerweise handelt es sich beim Kronzeugen um einen untergeordneten Tatbeteiligten, der viel weiss. Das Problem für den Staatsanwalt liegt darin, dass der Antrag in einem vergleichsweise frühen Prozessstadium bei entsprechend unsicherer Beweislage gestellt werden muss. Dies kann beispielsweise dazu führen, dass sich der vermeintlich untergeordneten Beteiligte später als Haupttäter, beispielsweise eines Mordes, entpuppt und nun wegen der immunity freikommt.

■ **Plea bargaining**

Das bereits beschriebene Institut des plea bargaining⁵³ kann auch in der Spielart der Kronzeugenregelung zur Anwendung kommen, nämlich dort, wo sich das vereinbarte Geständnis primär auf die Belastung Dritter richtet.

⁵³ Vgl. oben Kapitel 4.1, Ziff. 4.15

In der US-amerikanischen Praxis kommt dem Kronzeugen im Rahmen des plea bargaining offenbar wesentlich grössere Bedeutung zu als im Rahmen der immunity. Dies insbesondere deshalb, weil bei der immunity die Anklage das Risiko trägt und der Antrag vergleichsweise früh gestellt werden muss. Demgegenüber ist beim plea bargaining der Angeschuldigte gleichsam vorleistungspflichtig.

Die USA verfügen seit 1970 über *weitreichende ausserprozessuale Zeugenschutzmassnahmen*, durch welche Kronzeugen und ihre Angehörige an andere Wohnorte verpflanzt und mit neuen Identitäten ausgestattet werden können.

4.232 Italien

Die Kronzeugenregelung in Italien ist in einer Reihe von Erlassen geregelt, die einerseits materielle Vorschriften enthalten und andererseits Zeugenschutzprogramme vorsehen. Entsprechend der Ende der siebziger Jahre vorherrschenden Bedrohungslage wurde der Kronzeuge vorerst für die Deliktsbereiche *Terrorismus* und *Lösegeldentführung* eingeführt.

Strafmilderung ist für den Täter möglich, der zur Verminderung des Taterfolgs beiträgt und den Strafverfolgungsbehörden entscheidende Hinweise zur Identifizierung oder Festnahme seiner Mittäter gibt. *Gänzliche Strafbefreiung* ist unter anderem für den Versuchstäter möglich, der freiwillig den Erfolgseintritt verhindert und Beweise für die Rekonstruktion der Tat und die Identifizierung allfälliger Mittäter liefert.

Anfangs der neunziger Jahre wurde die Kronzeugenregelung durch Gesetzesrevisionen auch auf bandenmässigen Drogenhandel und *kriminelle Vereinigungen mafiosen Typs* ausgedehnt. Zudem wurde ein *Zeugenschutzprogramm* geschaffen. Dieses sieht weitreichende Massnahmen vor, um Kronzeugen und ihren Angehörigen eine neue Identität zu verschaffen. Weiter bestehen ausgebauten Möglichkeiten der speziellen Unterbringung sowie der Hafterleichterung für Kronzeugen während der Untersuchungshaft sowie im Strafvollzug. Die konkrete Ausgestaltung der Zeugenschutzprogramme obliegt einer Spezialkommission, die Zugang, Modalitäten und Dauer der Zeugenschutzmassnahmen einzelfallweise festlegt.

4.233 Deutschland

Die Kronzeugenregelung in Deutschland wurde 1989 für den Tatbestand der *Bildung terroristischer Vereinigungen* eingeführt und 1994 auf *schwere Straftaten*

des organisierten Verbrechens ausgedehnt. Die entsprechenden Vorschriften sind in einem bis Ende 1999 befristeten Sondererlass ⁵⁴ untergebracht.

Dieser Erlass erlaubt, von der Verfolgung eines Täters oder Teilnehmers an einer terroristischen oder kriminellen Vereinigung oder an einer damit zusammenhängenden Straftat abzusehen, wenn der Betreffende den Strafverfolgungsbehörden Informationen liefert. Diese Informationen müssen geeignet sein, die Begehung einer solchen Straftat zu verhindern, die Aufklärung über den eigenen Tatbeitrag hinaus zu fördern oder sie müssen zur Ergreifung eines anderen Täters oder Teilnehmers führen.

Rechtfertigt es die Bedeutung der Information im Verhältnis zur eigenen Tat, kann der Generalbundesanwalt von der Verfolgung absehen. Er hat dazu jedoch die Zustimmung eines Strafsenats des Bundesgerichtshofs einzuholen. Mit dem Absehen von der Verfolgung wird der bis dahin Beschuldigte verfahrensrechtlich zum Zeugen und ist in der Hauptverhandlung als solcher zu vernehmen.

Ob der Generalbundesanwalt von der Regelung Gebrauch macht, liegt in seinem Ermessen; die Regelung ist jedoch auf schwerste Straftaten nicht anwendbar.

Unter den oben erwähnten materiellen Voraussetzungen kann sodann auch das Gericht im Hauptverfahren von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern. Zudem besteht die Möglichkeit, das Verfahren mit Zustimmung des Generalbundesanwalts einzustellen. Bei schwersten Straftaten ergeben sich auch hier wiederum Einschränkungen. Spezifische Schutzprogramme für Kronzeugen sieht das deutsche Recht nicht vor.

4.24 Argumente für und gegen eine Kronzeugenregelung

4.241 Pro-Argumente

Für die Einführung einer (ausgebauten) Kronzeugenregelung wird unter anderem geltend gemacht,

- dass die Aufklärung hochorganisierter und komplexer Deliktsformen mit herkömmlichen Mitteln kaum mehr gewährleistet sei;

⁵⁴ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989 (KronzG); seither mehrfach verlängert und modifiziert.

- dass der Kronzeuge das Einfallstor bilde, um kriminelle Organisationen zu zerschlagen, weil auf diese Weise an Beweise heranzukommen sei, deren Beschaffung sonst kaum möglich wäre;
- dass eine Kronzeugenregelung geeignet sei, Verbrechenszusammenschlüsse zu verunsichern und dadurch zu destabilisieren;
- dass für den Einzelnen ein Anreiz zum Ausstieg aus der kriminellen Tätigkeit geschaffen werde;
- dass das Fehlen einer gesetzlichen Kronzeugenregelung dazu führen könnte, dass sie im Vorfeld des Verfahrens informell praktiziert werden könnte.

4.242 Kontra-Argumente

Gegen den Kronzeugen wird namentlich vorgebracht,

- dass damit den Grundgedanken der Rechtsgleichheit, des Legalitätsprinzips sowie des Schuldstrafrechts zuwidergehandelt werde;
- dass dadurch das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert und die Bereitschaft zur Normbefolgung untergraben werde;
- dass ein erhöhtes Risiko der Irreführung der Justiz geschaffen werde;
- dass umgekehrt auch eine erhöhte Gefahr bestehe, dass Kronzeugen von der Justiz unzulässig unter Druck gesetzt würden;
- dass kriminelle Organisationen durch die Existenz der Regelung veranlasst würden, sich durch verschärfte interne Kontroll- und Disziplinarmaßnahmen noch stärker abzuschotten, womit die Gefahr einer Gewalteskalation verbunden sei.

4.25 Schlussfolgerungen der Kommission

■ **Keine Ausweitung der Kronzeugenregelung**

Eine Kronzeugenregelung i.e.S., durch welche ein Angeschuldigter im Verlaufe des Verfahrens formell zum Zeugen wird und dadurch einer Bestrafung vollständig entgeht, kann nach Auffassung der Kommission zum vornherein nur für spezifische Formen schwerster Kriminalität in Erwägung gezogen werden. Gemeint sind hier Verbrechensformen, die sich durch eine Mehrheit von Tätern mit hohem Organisationsgrad auszeichnen und bei denen der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf führende Köpfe durch einen eigentlichen Schutzwall ver-

unmöglich oder erschwert wird. Bezugspunkt bilden in all diesen Fällen Straftaten, die von einer kriminellen Organisation im Sinne von Artikel 260ter StGB ausgehen; diese Vorschrift erfasst sowohl mafiaähnliche als auch terroristische Zusammenschlüsse.

Bei der Frage nach der Notwendigkeit einer voll ausgebauten Kronzeugenregelung ist zu berücksichtigen, dass das Institut des Kronzeugen primär repressive und nur ganz am Rande präventive Wirkung hat. Seine Einführung könnte sich deshalb nur unter der Voraussetzung rechtfertigen, dass die Schweiz eine ausserordentliche Belastung von organisierter oder terroristischer Basiskriminalität aufwiese und deren Bekämpfung mit anderen Mitteln nicht mehr gewährleistet werden könnte. Die mit dem Kronzeugen i.e.S. notwendigerweise verbundenen Einbrüche in grundlegende Rechtsprinzipien wären mithin unter der Voraussetzung eines eigentlichen Ermittlungsnotstandes hinnehmbar.

Auch wenn eine verlässliche Analyse der Ausbreitung organisierten Verbrechens in der Schweiz schwierig ist, kann doch davon ausgegangen werden, dass in unserem Land eine flächendeckende Unterwanderung durch kriminelle Organisationen nicht besteht. Aus diesen Gründen ist in der Schweiz die Einführung einer Kronzeugenregelung nicht angezeigt.

■ **Verstärkte Berücksichtigung der Aufklärungshilfe**

Auch wenn auf die Schaffung einer Kronzeugenregelung i.e.S. zu verzichten ist, so sollte in Zukunft doch die sogenannte Aufklärungshilfe - das heisst die Hilfe Tatbeteiligter bei der Aufklärung von Straftaten - im Strafverfahren verstärkt berücksichtigt werden. Zum einen erscheint die in Artikel 260ter Absatz 2 StGB vorgesehene Möglichkeit, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, wenn der Täter sich bemüht, die weitere verbrecherische Tätigkeit des Zusammenschlusses zu verhindern, in ihrem Anwendungsbereich zu eng. Diese Strafmildermöglichkeit könnte deshalb auch für die Aufdeckung von verbrecherischen Zusammenschlüssen vorgesehen werden, die noch keine kriminellen Organisationen im Sinne des Strafgesetzbuches darstellen. Im Vordergrund steht dabei eine Ausdehnung der genannten Regel auf den bandenmässigen Drogenhandel (Artikel 19 Ziffer 2 Buchstabe b BetrMG). Zum andern sollte über den eigenen Tatbeitrag hinausgehende Aufklärungshilfe eines Beschuldigten generell im Rahmen der Strafzumessung (Artikel 63 StGB) als strafmindernder Umstand berücksichtigt werden.

Eine Möglichkeit wäre auch, eine derartige Strafreduktion dem Angeschuldigten bereits im Vorverfahren bindend zuzusichern. Ob dies geeignet wäre, den Angeschuldigten nachhaltig zur Kooperation zu bewegen und dadurch die Aufklärung grösserer Tatkomplexe wirksam zu erleichtern, ist jedoch fraglich.

Hinzu kommen erhebliche praktische Probleme der inhaltlichen Ausgestaltung einer konkreten vorgängigen Zusage, da das erst noch auszufällende Strafmass

nicht als Bezugsgrösse vorweggenommen werden kann. Auf die Einführung einer derartigen Möglichkeit vorgängiger Zusagen ist daher zu verzichten. Stattdessen sollte jedoch in der vereinheitlichten Strafprozessordnung sichergestellt werden, dass auch bereits im Vorverfahren durch den Angeeschuldigten erbrachte Aufklärungshilfe dem urteilenden Gericht zur Kenntnis gebracht wird. Es ist deshalb vorzusehen, dass in der Überweisungsverfügung entsprechende Sachumstände gesondert aufgeführt werden.

4.3 Zeugenschutz

Eine eidgenössische Strafprozessordnung soll Regelungen zum Zeugenschutz enthalten. Dabei ist dem Interesse an der Wahrheitsfindung und zugleich dem Schutz gefährdeter Zeugen bestmöglich Rechnung zu tragen. Auf die Schaffung ausserprozessualer Zeugenschutzprogramme ist dagegen zu verzichten.

4.31 Bedürfnis und Zweck

Beschuldigte oder Dritte können die Absicht verfolgen, auf die Aussagebereitschaft von Zeugen, den Inhalt ihrer Aussagen oder sonstwie auf ihre Person oder ihnen Nahestehende einzuwirken, um Nachteile für sich zu verhindern oder sich für belastende Aussagen zu rächen. Ein wirksamer Zeugenschutz soll deshalb nicht nur den Zeugen (und gegebenenfalls weitere Personen) vor solchen Nachteilen schützen, sondern gleichzeitig eine möglichst zuverlässige Wahrheitsfindung im Prozess sicherzustellen. Denn obschon wissenschaftliche Methoden zur Führung von Sachbeweisen laufend verbessert werden, bleibt der Zeuge als Beweismittel für den Strafprozess von zentraler Bedeutung.

4.32 Kategorien von Zeugen

Art und Ausmass der potentiellen Gefahren hängen stark davon ab, in welcher Eigenschaft die Zeugen den Sachverhalt wahrgenommen haben, über den auszusagen sie gehalten sind. Dabei können *vier Kategorien* unterschieden werden:

4.321 Berufsmässige Zeugen

Bei den berufsmässigen Zeugen stehen in erster Linie *Polizeibeamte* im Vordergrund. Als Organe der Strafverfolgung können sie einem erhöhten Risiko ausgesetzt sein, Zielscheibe von Racheakten zu werden. Besonders ausgeprägt gilt dies für den Fall, wo sie als *verdeckte Ermittler* zur Überführung der Täterschaft

beigetragen haben. Es verwundert deshalb nicht, dass sich die jüngere Entwicklung des Zeugenschutzes in unserem Land auf die verdeckte Ermittlung konzentriert hat.

4.322 Tatbeteiligte als Zeugen

Ähnliche Risiken können sich für Personen ergeben, die in ihrer Eigenschaft als Mitbeteiligte andere Täter belasten und dadurch als "Verräter" Repressalien zu befürchten haben. Allerdings handelt es sich bei dieser Kategorie nicht um Zeugen im Sinne des Prozessrechts, sondern um Angeschuldigte oder Auskunftspersonen, die keinem staatlichen Zwang zur Aussage und zur Wahrheit unterstehen. Ihre allfällige Gefährdung kann somit - im Unterschied zum eigentlichen Zeugen - nicht die Folge von prozessualen Mitwirkungspflichten sein. Anders verhält es sich dagegen in Rechtsordnungen, die das Institut des Kronzeugen i.e.S. kennen, denn hier sagt der Betreffende prozessrechtlich als Zeuge aus.

4.323 Opferzeugen

Im Unterschied zu berufsmässigen Zeugen und Kronzeugen sind nachträgliche Repressalien für den Opferzeugen kaum rollentypisch, auch wenn die Gefahr von Racheakten in Einzelfällen durchaus bestehen kann. Näher liegen dagegen Pressionen im Vorfeld des Strafverfahrens, mit denen das Opfer von einer Anzeige oder von Belastungen des Täters abgehalten werden soll. Rollenspezifisch sind sodann drohende psychische Belastungen des Opfers aufgrund seiner Mitwirkungspflichten im Verfahren.

4.324 Zufallszeugen

Der sogenannte normale Zeuge oder Zufallszeuge ist weder als Geschädigter oder Tatbeteiligter noch aufgrund seines Berufes in den von ihm zu erfragenden Sachverhalt involviert. Je nach den Modalitäten seiner Wahrnehmungen kann er aber materiell zum Belastungszeugen werden. Diesfalls besteht auch für ihn die potentielle Gefahr von Repressalien. Ähnlich wie der Opferzeuge kann er zudem in Extremfällen der Gefahr von nachträglichen Racheakten ausgesetzt sein.

4.33 Zeugenschutzmassnahmen im geltenden Prozessrecht

4.331 Zeugnisverweigerungsrechte

Der Staat kann - unter Zurückstellung seines Wahrheitsermittlungsinteresses und seines Strafanspruchs - über weitgefasste Zeugnisverweigerungsrechte darauf verzichten, die gefährdete Person zum Zeugnis zu verhalten. Damit entfällt eine durch staatlichen Zwang hervorgerufene oder gesteigerte Gefährdung und damit eine erhöhte Schutz- und Fürsorgepflicht des Staates gegenüber der gefährdeten Person.

Dieser Aspekt des Zeugenschutzes ist recht weit verbreitet: Über das allgemein anerkannte Zeugnisverweigerungsrecht in Fällen familiärer und verwandtschaftlicher Beziehungen zum Beschuldigten hinaus sehen verschiedene Prozessgesetze ein Zeugnisverweigerungsrecht auch dann vor, wenn dem Zeugen im Falle der Aussage schwere Nachteile drohen. Weiter wird häufig ein Zeugnisverweigerungsrecht bereits bei drohenden Nachteilen für die Ehre des Zeugen eingeräumt. Diese Zeugnisverweigerungsrechte haben zwar den Vorteil, dass sich damit Gefährdungen für alle Kategorien von Zeugen verringern lassen, doch können sie den Verlust eines - möglicherweise entscheidenden - Beweismittels nach sich ziehen.

4.332 Personenschutz

Zugunsten eines gefährdeten Zeugen oder auch weiterer Personen können vor, während und nach dem Verfahren sachliche Schutzvorkehrungen, wie namentlich polizeilicher Personenschutz, getroffen werden. Für den Gesetzgeber ergibt sich hier kaum Regelungsbedarf. Indessen stösst die Wirksamkeit solcher Massnahmen an faktische Grenzen, so namentlich, wenn ein Zeuge *langfristig* der Gefahr von nachträglichen Racheakten ausgesetzt ist.

4.333 Prozessuale Abschirmungsmassnahmen

Ist die Identität des Zeugen den potentiell Gefährdenden nicht bekannt, können vor und während des Verfahrens Abschirmungsmassnahmen getroffen werden, um die teilweise oder gänzliche Anonymität des Zeugen zu wahren. Die Abschirmung eines Belastungszeugen bei gleichzeitiger beweismässiger Verwertung seiner Aussagen findet indessen Grenzen an den verfassungsmässigen Mindestansprüchen des Beschuldigten auf rechtliches Gehör.

■ **Schutz von verdeckten Ermittlern**

Die Gerichtspraxis hat in den letzten Jahren differenzierte Massnahmen zum Schutze von berufsmässigen Zeugen in der Rolle von verdeckten Ermittlern entwickelt. Die Bekundungen des verdeckten Ermittlers sollen in das Verfahren eingeführt werden, ohne dass seine Personalien dem Angeschuldigten und Dritten bekannt werden. Ein solches Vorgehen muss jedoch dem Anspruch des Angeschuldigten auf rechtliches Gehör genügen. Insoweit wird es als zulässig erachtet, die Anonymität des Zeugen durch Ausschluss der Öffentlichkeit, Geheimhaltung der Personalien im Verfahren und in den Prozessakten sowie durch optische und akustische Abschirmung während der Einvernahme zu wahren.

Diese Grundsätze sind auch im Vorentwurf des EJPD vom 27. Juni 1995 zu einem *Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung* enthalten. Gestützt auf die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens kann davon ausgegangen werden, dass die beschriebenen Einvernahmemodalitäten zur Wahrung der Anonymität von verdeckten Ermittlern ohne materielle Änderungen in die demnächst vom Bundesrat zu verabschiedende Botschaft Eingang finden werden.

4.334 Opferhilfegesetz

Spezifische Zeugenschutzmassnahmen finden sich im Opferhilfegesetz vom 4. Oktober 1991 (OHG, SR 312.5). Viktimologisch motivierte Schutzmassnahmen für Opferzeugen sind dort in Artikel 5 (Persönlichkeitsschutz durch Ausschluss der Öffentlichkeit und Vermeidung der Konfrontation mit dem Angeschuldigten) sowie Artikel 7 (Beistand und Aussageverweigerung) vorgesehen.

4.335 Ausserprozessuale Zeugenschutzprogramme

Über die erwähnten Schutzvorkehrungen weit hinaus gehen ausserprozessuale Zeugenschutzprogramme, die dem Zeugen nachträglich eine *neue Identität* verschaffen, um ihn für drohende Repressalien krimineller Vereinigungen un erreichbar zu machen. Solche Massnahmen sind insbesondere auf massive Gefährdungen von Kronzeugen in der Zeit nach dem Strafverfahren zugeschnitten; sie sind sehr aufwendig.

Die Schweiz kennt wie die meisten anderen Staaten keine ausserprozessualen Zeugenschutzprogramme. Über weitreichende Massnahmen dieser Art verfügt in Europa lediglich Italien.

4.34 Zeugenschutz in der vereinheitlichten Prozessordnung

Eine über Einzelfälle hinausgehende systematische Gefährdung von Zeugen lässt sich derzeit in der Schweiz nicht feststellen. Auch können auftretende Probleme trotz geringer Regelungsdichte in der Praxis im allgemeinen befriedigend gelöst werden können. Mit der Gefahr der Ausbreitung von organisiertem Verbrechen und weiterer Schwerekriminalität verbindet sich allerdings auch das Risiko einer Zunahme von Repressionen gegen Zeugen und damit gleichzeitig die Gefahr einer Verhinderung der Aufklärung schwerer Straftaten. Zu denken ist hier namentlich an Fälle von Drogenhandel, Milieukriminalität und Schutzgelderpressungen. Schon deshalb ist eine Überprüfung des geltenden Zeugenschutzes angezeigt.

4.341 Bessere Berücksichtigung des staatlichen Interesses an der Wahrheitsfindung

Im geltenden Strafprozessrecht kommt dem Aussageverweigerungsrecht des gefährdeten Zeugen eine herausragende Bedeutung zu. Diese Lösung ermöglicht zwar eine weitgehende Vermeidung von Zeugengefährdungen. Indessen geht sie vollumfänglich zu Lasten des staatlichen Strafverfolgungsinteresses. Kann dies bei Übertretungen und allenfalls bei Vergehen noch hingenommen werden, vermag jedenfalls bei schwereren Straftaten ein ausschliesslich dem Schutze des Zeugen dienendes, schematisches Aussageverweigerungsrecht nicht zu befriedigen.

Eine vereinheitlichte Strafprozessordnung sollte deshalb kein generelles Aussageverweigerungsrecht bei drohenden Nachteilen für den Zeugen enthalten. Vielmehr sollen Zeugenaussagen in einer Art ermöglicht werden, die eine Gefährdung des Zeugen minimiert und gleichzeitig dem Gericht erlaubt, unter Anwendung der freien Beweiswürdigung und in einem fairen Verfahren mehr über die Sachumstände einer Tat zu erfahren, als dies bei einer blossen Aussageverweigerung möglich wäre.

4.342 Übernahme der neuen Regeln über den V-Mann

Die im Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vorgeschlagenen Schutzmassnahmen (vgl. oben Ziff. 4.333) sollen in die vereinheitlichte Strafprozessordnung aufgenommen werden: Ausschluss der Öffentlichkeit während der Einvernahme in der Hauptverhandlung; indirekte Identifikation des Zeugen durch einen Polizeibeamten; Nichtpreisgabe der Personalien im Verfahren und in den Prozessakten; optische und akustische Abschirmung des Zeugen.

Die Kommission ist der Ansicht, dass diese Lösung den Schutzanspruch des verdeckten Ermittlers mit dem Wahrheitsermittlungsinteresse des Staates abgewogen kombiniert und dabei den Ansprüchen auf ein faires Verfahren nach Massgabe der EMRK Rechnung trägt.

4.343 Ausdehnung auf andere Zeugenkategorien

■ Zufallszeugen, Opferzeugen und Tatbeteiligte

Die Grundzüge der für V-Leute vorgesehenen Regelung sind auch auf andere Zeugen auszudehnen. Von Bedeutung ist dies insbesondere für die *Zufallszeugen* (vgl. oben Ziff. 4.324), die heute von den Verfahrensgesetzen lediglich über das Zeugnisverweigerungsrecht geschützt werden. Da die Identität des Zufallszeugen dem Beschuldigten und dessen Umfeld meistens nicht a priori bekannt ist, gibt es viele Möglichkeiten, durch Abschirmungsmassnahmen einen solchen Zeugen zu schützen.

Den spezifischen, viktimologisch motivierten Schutzbedürfnissen der *Opferzeugen* wird bereits durch das Opferhilfegesetz ausreichend Rechnung getragen. Daneben können aber auch bei ihnen Abschirmungsmassnahmen Anwendung finden, sofern ihre Personalien noch nicht bekannt sind.

Nur selten von Nutzen sind solche Massnahmen dagegen für *aussagewillige Tatbeteiligte*, da deren Identität in aller Regel bereits bekannt ist und daher eine prozessuale Abschirmung zumeist zwecklos wäre. Diese Personen sind jedoch in der Eigenschaft als Beschuldigte oder Auskunftspersonen nicht zur Aussage verpflichtet.

■ Im Prinzip Schutzmassnahmen

Eine vereinheitlichte Strafprozessordnung sollte deshalb vorsehen, dass die nicht bereits bekannte Identität potentiell gefährdeter Beweispersonen im Anfangsstadium des Strafverfahrens nicht gelüftet wird. Erweist sich in der Folge eine Zeugeneinvernahme als notwendig und besteht Grund zur Annahme, dass dem Zeugen oder Dritten bei nachträglichem Bekanntwerden seiner Personalien schwerwiegende Nachteile drohen würden, so sichert der Untersuchungsrichter vorgängig Schutzmassnahmen zu. Für die Einvernahmen im Vor-, Haupt- und Rechtsmittelverfahren werden sodann die oben einzeln aufgeführten Schutzmassnahmen angeordnet. Ihre Auswahl ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls so zu treffen, dass bei gleichzeitiger Wahrung des Zeugenschutzes dem Anspruch des Angeschuldigten auf rechtliches Gehör optimal Rechnung getragen wird.

■ **Verzicht auf die Einvernahme als Zeuge**

Auf die Einvernahme eines gefährdeten Zeugen sollte nur verzichtet werden, wenn er durch die erwähnten Abschirmungsmassnahmen nicht geschützt werden kann, weil seine Identität dem Beschuldigten oder dessen Umfeld bereits bekannt ist. Vorauszusetzen sind zudem Gründe für die Annahme, dass dem Zeugen oder Dritten bei einer Verpflichtung zur Aussage schwerwiegende Nachteile drohen würden, denen auf andere Weise nicht wirksam begegnet werden kann.

4.344 Kein ausgebautes Zeugenschutzprogramm

Die Kommission ist sich bewusst, dass durch herkömmliche prozessuale und ausserprozessuale Zeugenschutzmassnahmen sowie durch sachliche Schutzvorkehrungen nicht immer ein lückenloser Zeugenschutz erreicht werden kann. Dies gilt namentlich für Gefährdungen durch kriminelle Organisationen in der Zeit nach dem Strafverfahren. Damit verbindet sich die *Frage* nach der Erforderlichkeit und Machbarkeit von ausgebauten Zeugenschutzprogrammen, mit denen hochgradig gefährdete Zeugen und ihre Angehörigen gleichsam örtlich verpflanzt und mit einer gänzlich neuen Identität ausgestattet werden.

■ **Rechtsstaatliche und praktische Probleme**

Insbesondere die Schaffung einer neuen Identität würde umfangreiche Vorkehren bedingen, um Personendaten in einer Weise manipulieren zu können, die Dritten die Rekonstruktion der neuen bzw. alten Merkmale der geschützten Person verunmöglicht. Zu denken ist hier u.a. an die Beurkundung des Personenstandes (Zivilstandsregister), an das Strafregister sowie an zahlreiche weitere Register und Datenbanken in Bund, Kantonen und Gemeinden (z.B. Einwohnerkontrolle, Steuerregister, Daten der Sozialversicherung, der Strassenverkehrsämter, der Armee).

Abgesehen davon, dass eine weitreichende Datenmanipulation zur Täuschung der Öffentlichkeit rechtsstaatlich bedenklich ist, stellt sich in unseren kleinräumigen und übersichtlichen Verhältnissen die Frage ihrer praktischen Durchführbarkeit. Auch würde ein ausgebautes Zeugenschutzprogramm erhebliche Missbrauchsgefahren mit sich bringen. So könnte etwa das Problem entstehen, dass Dritte durch die plötzliche Unerreichbarkeit von Personen in ihren Rechtspositionen unter Umständen erheblich beeinträchtigt werden. Zu erwähnen sind schliesslich der mit einem Zeugenschutzprogramm verbundene erhebliche finanzielle Aufwand sowie die mit der Identitätsänderung bewirkten Belastungen für die betroffenen Zeugen und ihre Angehörigen.

■ Zeugenschutzprogramm rechtfertigt sich heute nicht

Die Einführung eines ausgebauten Zeugenschutzprogrammes kann daher nur als *ultima ratio* bei Vorliegen eines eigentlichen Notstandes in Betracht kommen. Die Schaffung eines solchen Instrumentariums lässt sich unter den gegenwärtigen Verhältnissen in unserem Land nicht rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als sich die Kommission auch gegen die Einführung einer ausgebauten Kronzeugenregelung ausspricht. Ausländische Beispiele zeigen, dass Zeugenschutzprogramme primär auf die spezifischen Gefährdungen von Kronzeugen ausgerichtet sind, wobei nicht alle Länder, die den Kronzeugen i.e.S. kennen, dieses Institut auch mit einem Zeugenschutzprogramm flankiert haben.

5.11 Der Anwendungsbereich

Ziel der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts ist die Verfolgung aller Bundesstrafsachen nach den gleichen Regeln. Dieses Ziel wird allerdings nur schrittweise zu erreichen sein. Der Konzeptbericht klammert deshalb einige besondere Verfahrensarten vorerst aus.

5.111 Grundsatz

Ziel einer eidgenössischen Strafprozessordnung ist die einheitliche Behandlung aller Bundesstrafsachen. Sie soll für alle ordentlichen Strafverfolgungsbehörden und vor allen Strafgerichten der Kantone und des Bundes gelten, die solche Strafsachen verfolgen und beurteilen. Die neue schweizerische Strafprozessordnung wird insbesondere auch das Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (Bundesstrafprozess, BStP, SR 312.0) zu einem ganz wesentlichen Teil ersetzen (vgl. oben Kapitel 3.2, Ziff. 3.22).

5.112 Schrittweises Vorgehen

Auch wenn sie eine einheitliche Verfahrensordnung für die Verfolgung aller Strafsachen anstrebt, neigt die Kommission dazu, einige besondere Verfahren vorerst von der Vereinheitlichung auszunehmen. Für eine angemessene Vertiefung der betreffenden Themen fehlen ihr die Ressourcen; sie hat sich deshalb für eine Einschränkung dieses Berichts auf das Wesentliche entschieden.

Nicht in die Arbeiten einbezogen werden deshalb vorerst:

■ **Das Militärstrafverfahren**

Das Verfahren vor den militärischen Gerichten ist heute in einem Spezialgesetz, dem Militärstrafprozess (MStP, SR 322.1), geregelt. Die dortigen Regeln müssen früher oder später wohl vor denjenigen der eidgenössischen Strafprozessordnung zurücktreten. Ähnlich wie bei Änderungen des Strafgesetzbuches, welche regelmässig von Anpassungen des Militärstrafrechts be-

gleitet sind, könnten parallel zur neuen zivilen Verfahrensordnung Modifikationen des Militärstrafprozesses vorgenommen werden; sie könnten gleichzeitig oder erst nach der Auswertung erster Erfahrungen in Kraft treten. Möglich wäre auch der förmliche Ersatz der materiellen Verfahrensregeln des Militärstrafprozesses durch diejenigen der einheitlichen Strafprozessordnung und die Beschränkung der militärischen Sonderbestimmungen auf Einzelheiten der Gerichtsorganisation.

■ **Das Verwaltungsstrafverfahren des Bundes**

Nach einem Hearing mit Experten des Verwaltungsstrafrechts des Bundes kam die Kommission zur Auffassung, der Einbezug der Fälle aus dem Geltungsbe- reich des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) in ihre Arbeiten sei zu aufwendig. Es drängt sich ein etappiertes Vorgehen auf: Zu- erst muss ein neues Konzept für eine vereinheitlichte Strafprozessordnung im allgemeinen formuliert sein, und erst dann können die Auswirkungen auf das Verwaltungsstrafrecht vertieft diskutiert werden. Zurzeit ist ja das Verwaltungs- strafrecht des Bundes - ausser bezüglich des gerichtlichen Verfahrens - nicht vergleichbar mit einer gängigen Strafprozessordnung. Insbesondere kommen Akteure, nämlich diejenigen der Bundesverwaltung, vor, die sonst im Strafpro- zess fehlen.

■ **Das Jugendstrafverfahren**

Die schweizerische Strafprozessordnung könnte unter dem Titel „Besondere Verfahren“ einen Abschnitt „Das Verfahren gegen Kinder und Jugendliche“ ent- halten. Darauf ist in einer ersten Phase eher zu verzichten. Die Verfahrensord- nungen der Kantone in diesem Bereich scheinen stärker auseinanderzuklaffen als im Erwachsenenstrafverfahren; die Modelldiskussion drohte auszufern. Zudem soll mit der Totalrevision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches der Erlass eines Bundesgesetzes über die Jugendstrafrechts- pflege verbunden werden; dieses wird auch Verfahrensbestimmungen enthalten. Es dürfte wenig Sinn haben, die beiden Gesetzgebungsvorhaben (Allgemeiner Teil und Kodifikation des Strafprozessrechts) zum heutigen Zeitpunkt in eine für beide Teile ungünstige Konkurrenzsituation zu bringen.

■ **Das Ordnungsbussenverfahren**

Die Verhängung von Ordnungsbussen für Übertretungen des Bundesrechts macht bei Einverständnis des Betroffenen ein eigentliches Strafverfahren ent- behrlich. Zwischen Ordnungsbussen- und Strafprozessrecht besteht also ein gewisser Konnex.

Die Kantone sind zur Aufstellung kantonalen Ordnungsbussenkataloge für Übertretungen eidgenössischen Rechts grundsätzlich nicht zuständig. Dies ist - auch ausserhalb des Strassenverkehrsrechts - *Bundessache*. Es wäre denkbar, in eine eidgenössische Strafprozessordnung allgemeine Bestimmungen über das Ordnungsbussenverfahren einzufügen: zum Beispiel über die Zahlungsmodalitäten, die Kostenlosigkeit des Verfahrens, die Ablehnung des vereinfachten Verfahrens durch den Betroffenen, die Rechtskraft und die Möglichkeit der Verhängung von Ordnungsbussen im ordentlichen Verfahren (vgl. dazu etwa Artikel 6 ff. des Ordnungsbussengesetzes, OBG, SR 741.03, anwendbar bei Übertretungen des Strassenverkehrsrechts).

Die Kommission möchte indes diesen Gegenstand der Spezialgesetzgebung des Bundes vorbehalten und verzichtet auf Vorschläge für eine allgemeine Regelung des Ordnungsbussenrechts in der Strafprozessordnung. Sie sieht hier jedenfalls kein Kernanliegen der Vereinheitlichung.

5.113 Verfahren bei Widerhandlungen gegen kantonales Strafrecht

Die Kantone sind zuständig zum Erlass eigenen Polizei-, Verwaltungs- und Steuerstrafrechts (Art. 335 StGB). Sie sind allein für dessen Durchsetzung verantwortlich, und eine schweizerische Strafprozessordnung kann keinen Anspruch auf Geltung auch in diesen Strafsachen erheben.

Von der Sache her spricht vieles für die Durchsetzung des kantonalen Übertretungsstrafrechts (Art. 335 Ziff. 1 StGB) durch die gleichen Behörden und nach den gleichen Regeln wie in Bundesstrafsachen. Der Entscheid darüber obliegt aber den Kantonen. Sie werden ohnehin Vorschriften über die Einführung und Anwendung der vereinheitlichten Strafprozessordnung erlassen müssen. Dabei besteht auch Gelegenheit, sich zur Frage äussern, ob und inwieweit Übertretungen des kantonalen „*Polizei- und Verwaltungsstrafrechts*“ (vgl. die Überschrift zu Art. 335 StGB) nach den Regeln der eidgenössischen Strafprozessordnung zu verfolgen sind.

Auch das Verfahren zur Verfolgung kantonalen *Steuerdelikte* (Art. 335 Ziff. 2 StGB) gehört nicht zum Geltungsbereich der schweizerischen Strafprozessordnung. Es wickelt sich heute oft nach besonderen, in den Steuergesetzen enthaltenen Regeln ab; die Kantone werden darüber entscheiden, ob sie diese Regeln beibehalten oder ihr Verfahren an die eidgenössische Strafprozessordnung anpassen wollen.

5.12 Behörden der Strafrechtspflege

Eine eidgenössische Strafprozessordnung hat Funktion und Aufgaben der wichtigsten Behörden der Strafrechtspflege zu definieren, die da sind: Polizei, Staatsanwaltschaft, Untersuchungsrichter, Gerichte und gewisse Verwaltungsbehörden. Die Organisation dieser Instanzen verbleibt den Kantonen.

5.121 Die Behörden im Überblick

Behörden der Strafrechtspflege sind:

- die Polizei;
- der Untersuchungsrichter;
- die Staatsanwaltschaft;
- die Gerichte;
- mit Strafkompetenzen ausgestattete Verwaltungsbehörden.

5.122 Polizei

Die Polizei nimmt die *gerichtspolizeilichen Aufgaben*, insbesondere im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen, wahr. Sie führt ausserdem Aufträge des Untersuchungsrichters aus.

Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens und der Untersuchung untersteht die Polizei der *Leitung und der Aufsicht* des Untersuchungsrichters.

Die *Organisation* der Polizei obliegt im übrigen den Kantonen.

5.123 Untersuchungsrichter

Der Untersuchungsrichter *leitet die Strafverfolgung* und entscheidet über die Eröffnung einer Untersuchung sowie über die Einstellung. Ausserdem beaufsichtigt

er die Polizei, erlässt Strafbefehle und überweist abgeschlossene Untersuchungen an die urteilende Behörde.

Die *Organisation* der Untersuchungsrichterämter ist Sache der Kantone.

Fachlich sind die Untersuchungsrichter der Anklagekammer zu unterstellen, *disziplinarisch* dem Obergericht.

5.124 Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft *vertritt den staatlichen Strafanspruch*. Im besonderen vertritt sie die *Anklage* vor der urteilenden Behörde.

Die *Organisation* obliegt den Kantonen.

Zu regeln ist die Frage, ob und wie weit die Staatsanwaltschaft *von der Exekutive unabhängig* sein soll.

5.125 Gerichte

Die *Organisation* der Gerichte steht den Kantonen zu.

In Fällen, in denen eine geringe Strafe zu erwarten ist, sind *Einzelrichter* vorzusehen, sonst Kollegialgerichte. Die Schnittstelle festzulegen, liegt in der Kompetenz der Kantone.

Die Kantone sind jedoch zu verpflichten, erstinstanzliche Gerichte und ein Obergericht als *Rechtsmittelinstanz* zu führen. Ausserdem soll eine *Anklagekammer* als Beschwerdeinstanz fungieren.

5.126 Mit Strafkompetenzen ausgestattete Verwaltungsbehörden

Auch Verwaltungsbehörden, soweit sie mit der Verfolgung und Beurteilung von Straftaten betraut sind, sind den Instanzen der Strafrechtspflege zuzurechnen. Die Kantone können für die *Übertretungen* des eidgenössischen Rechts nicht-richterliche Behörden (z.B. Oberamtmänner, préfets) einsetzen (vgl. Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB; unten Kapitel 5.25, Besondere Verfahren).

Für derartige nicht-richterliche Instanzen gelten die Regeln für Untersuchungsrichter analog. Im übrigen muss die eidgenössische Strafprozessordnung bestimmen, in welchen Bereichen des Übertretungsstrafrechts solche Verwaltungsbehörden Entscheide im Sinne des Strafbefehls erlassen können.

5.13 Gerichtsstand und Rechtshilfe ⁵⁵

Die Gerichtsstandbestimmungen des StGB sowie die Vorschriften des Rechtshilfekonkordates sollen Bestandteil der vereinheitlichten Strafprozessordnung werden. Die internationale Rechtshilfe soll im wesentlichen durch das IRSG und die internationalen Übereinkommen geregelt bleiben; besondere Beachtung verdient dabei die Raschheit des Verfahrens.

5.131 Örtliche Zuständigkeit

5.131.1 Heutige Rechtslage

Die örtliche Zuständigkeit, wird heute hauptsächlich durch die Artikel 346-351 StGB geregelt. Andere Bestimmungen und Spezialgesetze ⁵⁶ begründen daneben *besondere Gerichtsstände*.

5.131.2 Vorschläge der Kommission

- Unter systematischen Gesichtspunkten rechtfertigt es sich, die Vorschriften über den Gerichtsstand in die vereinheitlichte Strafprozessordnung einzugliedern; demgemäss sind die Artikel 346-351 StGB *aufzuheben*.
- Das vom Strafgesetzbuch statuierte System der örtlichen Zuständigkeit verdient Zustimmung; die betreffenden Bestimmungen können deshalb *unverändert* in die Strafprozessordnung übernommen werden. Allenfalls könnten die in anderen Erlassen vorgesehenen besonderen Gerichtsstände vorbehalten werden.
- Das Verfahren für die Festlegung des Gerichtsstandes im interkantonalen Verhältnis ist detaillierter auszugestalten. Ebenso sollte der geltende Artikel 351 StGB über das Verfahren vor der Anklagekammer des Bundesgerichts bei streitigem Gerichtsstand detaillierter gefasst werden.

⁵⁵ Übersetzung aus dem Französischen

⁵⁶ Beispielsweise Art. 22 VStrR, 27 Abs. 1 MMG, 84 PatG.

5.132 Rechtshilfe

5.132.1 Begriff

Die Rechtshilfe wird gemeinhin *definiert* als das Tätigwerden der Behörden eines Staates (oder eines Kantons) auf Ersuchen und im Interesse der Rechtspflegebehörden eines anderen Staates (bzw. Kantons). Sie dient im wesentlichen dazu, die Tätigkeit der Justiz zu erleichtern, indem die Zusammenarbeit der Justizbehörden über die Grenzen hinweg gefördert wird.

5.132.2 Nationale Rechtshilfe

■ *Geltendes Recht*

Bis zum Inkrafttreten des Konkordates über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen war die interkantonale Rechtshilfe ⁵⁷ im wesentlichen durch die Artikel 352 ff. StGB, 30 VStrR, 27 ff., 252 und 253 BStP geregelt, welche Bestimmungen sich auf die Artikel 67 und 64bis BV stützen.

Um das Vorgehen der Kantone bei der Strafverfolgung zu koordinieren, statuiert *Artikel 352 StGB*, ergänzt durch Artikel 252 BStP, eine Unterstützungspflicht der Kantone untereinander sowie zwischen dem Bund und den Kantonen für *bundesstrafrechtliche Fälle*. Die Vorschriften der Artikel 352ff. StGB regeln die interkantonale Rechtshilfe in Strafsachen. Sie enthalten *Mindestregeln*, die zum Zeitpunkt ihres Erlasses für die Verfolgung der damaligen Kriminalität als optimal galten. Heute freilich kann man nicht umhin festzustellen, dass sie für die *Bekämpfung der modernen Verbrechensformen* nicht mehr genügen.

Diese lückenhafte Rechtslage hat zur Schaffung des *Konkordates über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen* Anlass gegeben. Damit haben sich die Kantone - alle sind dem Konkordat beigetreten - Vorschriften gegeben, welche für die einheitliche Anwendung des Bundesstrafrechts zweckmässiger sind. Demgemäss wird die Rechtshilfe nunmehr in der ganzen Schweiz ausschliesslich durch die Bestimmungen dieses Konkordates geregelt, welche *unmittelbar anwendbar* sind. *Materiell* erlaubt das Konkordat den Justizbehörden, wichtige Verfahrenshandlungen *direkt* und durch *Anwendung ihres eigenen Prozessrechts* ⁵⁸ auf dem Gebiet anderer Kantone durchzuführen. Auf

⁵⁷ SR 351.71.

⁵⁸ Die Frage des anwendbaren Rechts würde sich im Fall eines vereinheitlichten Strafprozessrechts natürlich nicht mehr stellen.

diese Weise wird die *örtliche* Zuständigkeit der mit einem Straffall befassten Justizbehörden ausgedehnt.

■ **Vorschläge der Kommission**

Es erscheint der Kommission angezeigt, die Strafprozessordnung mit Vorschriften über die interkantonale Rechtshilfe zu versehen und dazu den Grossteil der Bestimmungen des Konkordates zu übernehmen.

Da die Artikel 352ff. StGB durch das Konkordat überholt sind, sind sie *aufzuheben*. Die Bestimmungen der Artikel 351^{bis}-351^{septies} StGB über die Amtshilfe im Bereich der Polizei sollten dagegen in die neue Prozessordnung übernommen werden. Ausserdem wird zu prüfen sein, ob einschlägige Bestimmungen des *Bundesgesetzes über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen* ⁵⁹ in das eidgenössische Strafverfahrensgesetz übertragen werden sollten.

In die neue Strafprozessordnung ist ein Abschnitt über die *örtliche Zuständigkeit* der kantonalen und der Bundes-Justizbehörden sowie über die bei der Durchführung von Prozesshandlungen zu beachtenden *Formvorschriften* aufzunehmen; zu diesem Zweck kann auf die bewährten Grundsätze des Konkordates gegriffen werden.

Ausserdem sind die *Rechtshilfeersuchen* (commissions rogatoires), das heisst die interkantonale Rechtshilfe im eigentlichen Sinn, zu regeln.

Schliesslich sollten, wie schon nach dem Konkordat, die Kantone in den Übergangsbestimmungen verpflichtet werden, eine *einzigste Behörde* für interkantonale Rechtshilfeangelegenheiten zu bezeichnen. Diese Behörde wäre zuständig, die erforderlichen Mitteilungen entgegenzunehmen, und verpflichtet, für die Mitwirkung der Polizei des ersuchten Kantons zu sorgen, um so das Rechtshilfungsverfahren und die Zusammenarbeit weitestmöglich zu vereinfachen.

5.132.3 Internationale Rechtshilfe

■ **Geltendes Recht**

Die internationale Rechtshilfe wird im wesentlichen durch das *Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG)* ⁶⁰ geordnet. Mit diesem Gesetz wurde das schweizerische Landesrecht auf die verschiedenen bi- und multilateralen Übereinkommen zur internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, welchen die Schweiz beigetreten ist, abgestimmt.

⁵⁹ SR 172.213.71.

⁶⁰ SR 351.1

Das IRSG erleichtert die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe, indem es das Verfahren festlegt und zugleich die Rechtssicherheit und den Rechtsschutz der betroffenen Personen verbessert. Das Gesetz statuiert verschiedene Verpflichtungen für die Kantone: namentlich Mitwirkungspflichten (Art. 16) sowie die Pflicht, gegen bestimmte Verfügungen ein Rechtsmittel einzuräumen (Art. 23, 106 Abs. 3).

■ **Vorschläge der Kommission**

Angesichts der Komplexität der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen erachtet es die Kommission als nicht möglich, in eine eidgenössische Strafprozessordnung sämtliche einschlägigen Vorschriften einzugliedern. Es ist daher in der vereinheitlichten Prozessordnung klarzustellen, dass die Rechtshilfe durch bundesrechtliche Vorschriften, zumal das IRSG, sowie durch die verschiedenen internationalen Übereinkommen, denen die Schweiz beigetreten ist, geregelt wird.

Hinsichtlich des kantonalen Verfahrens stellt sich jedoch die Frage, ob und wie weit ein (kantonales) Rechtsmittel gegen Verfügungen der erstinstanzlichen kantonalen Behörde, wie es Artikel 23 IRSG vorschreibt, und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen alle letztinstanzlichen kantonalen Entscheide (Artikel 25 IRSG) beibehalten werden sollten. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die *Rechtsmittel auf ein einziges reduziert* werden sollten. Zumindest aber sollten, falls an zwei Rechtsmitteln festgehalten wird, die vor Bundesgericht zulässigen Beschwerdegründe begrenzt werden, um das Verfahren zu *beschleunigen*.

5.14 Grundsätze des Verfahrens

In einer künftigen gesamtschweizerischen Strafprozessordnung sind die wichtigsten allgemeinen Verfahrensregeln zu kodifizieren.

5.141 Allgemeines

Zahlreiche Strafprozessordnungen normieren, ausdrücklich oder sinngemäss, allgemeine Verfahrensregeln.

5.142 Zu kodifizierende Prozessmaximen

■ ***Achtung der Menschenwürde und der Objektivität***

Die Organe der Strafrechtspflege haben im ganzen Verfahren die Menschenwürde der Verfahrensbeteiligten sowie das Gebot der Objektivität zu beachten.

Die Achtung der Menschenwürde und der Objektivität sind wichtige Grundsätze des Strafverfahrens. Eine Norm über die Achtung der Menschenwürde ist nicht nur auf den Beschuldigten zugeschnitten, sondern beispielsweise auch auf Deliktsoffer, die als Geschädigte oder Zeugen am Verfahren beteiligt sind.

■ ***Legalitätsprinzip***

Das Legalitätsprinzip i.S. des Verfolgungszwangs liegt im öffentlichen Interesse und dient der Gleichbehandlung. Da jedoch die ausnahmslose Verfolgung und Abklärung jeder vom Gesetz mit Strafe bedrohten Handlung in besonderen Fällen problematische Folgen zeitigen kann, sind im Sinne des *gemässigten Opportunitätsprinzips* Ausnahmen vorzusehen (vgl. oben Kapitel 4.1).

■ **Grundsatz der materiellen Wahrheit/Untersuchungsgrundsatz (Instruktionsmaxime)**

Das Gebot der materiellen Wahrheit verlangt, dass die Organe der Strafrechtspflege von sich aus, auch ohne Antrag, den Sachverhalt abklären. Die Forderung nach materieller Wahrheit ist in allen schweizerischen Strafprozessordnungen, wenn auch nicht immer explizit, enthalten ⁶¹.

■ **Verbotene Methoden**

Es dürfen keine verbotene Methoden zur Erwirkung von Aussagen verwendet werden: das heisst kein Einsatz von Zwang, Gewalt, Folter, Drohung, Täuschung, falschen Versprechungen sowie von Mitteln, welche die Denkfähigkeit oder Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen (selbst wenn die Betroffenen mit ihrer Anwendung einverstanden sein sollten). Dieser Grundsatz folgt aus dem Gebot der materiellen Wahrheit. Aussagen, die auf unzulässige Weise zustande gekommen sind, dürfen nicht verwertet werden.

■ **Beschleunigungsgebot**

Die Verpflichtung, das Verfahren beförderlich zu führen, ergibt sich aus Art. 4 BV sowie Art. 5 Ziff. 3 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

■ **Verbot der doppelten Strafverfolgung**

Das Verbot der doppelten Strafverfolgung nach rechtskräftigem Freispruch oder rechtskräftiger Verurteilung wegen der gleichen Handlung ist ein Grundsatz des Bundesrechts ⁶² und ergibt sich zudem aus Artikel 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK. Vorbehalten bleiben Ausnahmen, namentlich die Bestimmungen über die Revision. Verschiedene Prozessordnungen kennen dieses Prinzip bereits.

■ **Öffentlichkeitsgrundsatz**

Von Öffentlichkeit des Verfahrens wird dann gesprochen, wenn die am Prozess Beteiligten, eventuell auch ein beliebiges Publikum, die mündlichen Verhandlungen im Gerichtssaal direkt mitverfolgen können ⁶³. Der Grundsatz der Öffentlichkeit - man unterscheidet zwischen Partei- und Publikumsöffentlichkeit - gehört zu den zentralen Garantien von Artikel 6 Ziffer 1 EMRK. Unter gewissen Umständen kann das Publikum von der Verhandlung ausgeschlossen werden, etwa bei ge-

⁶¹HAUSER/SCHWERI, S. 208.

⁶²BGE 86 IV 52.

⁶³SCHMID, Rz. 152 ff.

fährdeter öffentlicher Sittlichkeit oder im schutzwürdigen Interesse eines Beteiligten⁶⁴

■ **Geheimhaltungspflicht**

Behörden der Strafrechtspflege, ihren Hilfspersonen sowie amtlich beigezogenen Sachverständigen und Dolmetschern ist es untersagt, Dritten Mitteilungen über ein Strafverfahren zu machen, an dem sie mitgewirkt haben; vorbehalten sind allgemein bekannte Tatsachen.

Neben der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (vgl. oben) sind noch weitere *Ausnahmen von der Geheimhaltungspflicht* vorzusehen:

- Die *Orientierung der zuständigen Behörden*, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse dies rechtfertigt (z.B. im Hinblick auf Schutzvorkehrungen fürsorglicher oder vormundschaftlicher Art).
- Die *Orientierung der Öffentlichkeit*, wenn deren Mitwirkung bei der Aufklärung von Straftaten geboten erscheint oder wenn sich dies zur Warnung oder Beruhigung der Öffentlichkeit, zur Berichtigung falscher Meldungen oder wegen der besonderen Bedeutung der Sache aufdrängt.
- *Kurze Meldungen der Strafverfolgungsbehörden* ohne Namensnennung über das lokale Deliktsgeschehen.
- Das *Akteneinsichtsrecht von Behörden und Dritten*, sofern diese ein berechtigtes Interesse nachweisen und die Bekanntgabe weder das Verfahren noch schützenswerte Interessen Privater beeinträchtigt.

■ **Unschuldsvermutung**

Der Grundsatz der Unschuldsvermutung, den auch verschiedene geltende Strafprozessordnungen ausdrücklich festhalten, ergibt sich namentlich aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK.

Aus der Unschuldsvermutung folgt, dass die *Beweislast* grundsätzlich der Anklage obliegt; es können jedoch ausdrücklich statuierte Ausnahmen vorbehalten werden.

Aus der Unschuldsvermutung ist ebenso der *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* abzuleiten. Danach kann für die Beurteilung der Schuld nur die freie, persönliche Meinung des Richters massgebend sein.

⁶⁴SCHMID, Rz. 166 ff

■ *In dubio pro reo*

Falls erhebliche und objektive Zweifel an der Täterschaft oder an der Schuld des Beschuldigten bestehen, ist zu seinen Gunsten zu entscheiden.

■ *Anklagegrundsatz*

Er besagt, dass eine gerichtliche Beurteilung nur auf Anklage hin stattfinden kann.

■ *Weitere Grundsätze*

- Der *Erledigungsgrundsatz*, wonach jedes Verfahren durch eine Verurteilung, einen Freispruch oder eine Einstellung zu erledigen ist.
- Der *Anspruch auf rechtliches Gehör* (der sich aus Art. 4 BV und Art. 6 EMRK ergibt).
- Der *Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben*.
- Das *Verbot des Rechtsmissbrauchs*.

5.143 Grundsätze des Datenschutzes

Die Strafverfolgungsorgane, einschliesslich der Polizei, müssen alle Personen-daten bearbeiten können, die für das Erkennen, Untersuchen und Beurteilen von Straftaten notwendig sind. Dazu gehören namentlich auch besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile⁶⁵. Für die Fahndung⁶⁶ sowie für die Untersuchung⁶⁷ und Beweisführung sind heute EDV-Informationssysteme unerlässlich.

Die datenschutzrechtlichen Einsichts- und Auskunftsrechte zu Akten der Strafverfolgung und zu Informationssystemen der Polizei können zumeist nicht voraussetzungslos gewährt werden, ohne den Untersuchungszweck zu vereiteln. Gegenüber beschuldigten Personen und andern Parteien wird der Datenschutz im Rahmen des Akteneinsichtsrechts gewährleistet. Personen, die nicht Partei

⁶⁵ Zu diesen gehören nach Art. 3 Bst. c des Datenschutzgesetzes alle "Daten über administrative und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen". Für die Strafverfolgung gilt das Datenschutzgesetz des Bundes nicht, sondern dieser ist in den Art. 29bis und 102bis - 102quater BStP sowie in Art. 351bis - 351septies StGB geregelt.

⁶⁶ Z.B. das Personen- und Sachfahndungssystem RIPOL und die Zusammenarbeit in der Internationalen Kriminalpolizeilichen Organisation INTERPOL.

⁶⁷ Z.B. das Drogeninformationssystem DOSIS, das Staatsschutzinformationssystem ISIS und das im Aufbau begriffene Informationssystem über organisierte Kriminalität ISOK.

sind, muss auf Verlangen Einsicht in die über sie bearbeiteten Daten gewährt werden, wenn dem nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

Die Bearbeitung und insbesondere die Weitergabe von polizeilich erhobenen Daten muss *eng begrenzt* werden: Die Bearbeitung für andere Zwecke als für solche der Strafverfolgung ist grundsätzlich unzulässig. Personendaten in Verfahrensakten werden nach Abschluss des Verfahrens archiviert und dürfen nur noch herangezogen werden, wenn sie in einem andern Verfahren Aufschluss geben können. Die Polizei darf nach Abschluss ihrer Ermittlungen die Daten nur begrenzte Zeit personenbezogen weiterbearbeiten.

Personendaten, die für ein Strafverfahren erhoben wurden, sich jedoch nicht als verfahrensrelevant erwiesen haben, sind grundsätzlich zu *vernichten*. Das Gesetz muss sich darüber äussern, unter welchen Voraussetzungen sie von der Polizei und in Informationssystemen für eine begrenzte Zeit weiterbearbeitet werden dürfen, insbesondere wenn sie ungeklärte Straftaten betreffen.

5.15 Parteien und andere Verfahrensbeteiligte, Verbeiständung

Der in den heutigen Strafprozessrechten herrschende Wirrwarr von Parteibezeichnungen soll durch ein einheitliches Begriffssystem ersetzt werden. Dieses ruht auf drei Säulen: Staatsanwaltschaft, Beschuldigter, Privatklägerschaft. Der Geschädigte soll im Zivil- und im Strafpunkt Anträge stellen können. Die Regelung der Verbeiständung soll sich an den neueren kantonalen Prozessordnungen ausrichten.

5.151 Parteien und andere Verfahrensbeteiligte ⁶⁸

5.151.1 Heutige Rechtslage

■ **Wer hat Parteistellung?**

Im allgemeinen wird in den Strafprozessordnungen der Schweiz die Parteistellung der *Staatsanwaltschaft* (häufig mit Sonderstatus), dem *Beschuldigten* sowie dem *Opfer* bzw. *Verletzten* zuerkannt.

Weitere Beteiligte sind etwa der *Antragsteller* im Sinne von Artikel 28 StGB, der *Anzeiger*, der von einer Massnahme (z.B. Einziehung) *betroffene Dritte* oder die *Verwaltung* (kantonale Amtsstellen und solche des Bundes). Sie sind Prozesssubjekte und daher berechtigt, im Verfahren aufzutreten; die kantonalen Verfahrensrechte erkennen ihnen aber nicht immer Parteistellung im prozessualen Sinne zu. Diese *beteiligten Dritten* können im Prozess zumeist nur beschränkt Rechte ausüben, so namentlich dann, wenn sie durch eine Massnahme betroffen sind oder soweit die Prozessordnung sie einer Partei gleichsetzt ⁶⁹.

■ **Terminologie**

Die für die Prozessparteien verwendete Terminologie ist von einem Prozessgesetz zum andern sehr unterschiedlich.

⁶⁸ Übersetzung aus dem Französischen.

⁶⁹ Dies trifft beispielsweise in Genf für den Antragsteller zu.

So werden für den *Beschuldigten* im Strafprozess, je nach Verfahrensstadium und nach Gesetzgebung, folgende Bezeichnungen verwendet: *a.* Verdächtiger; *b.* Beschuldigter; *c.* Angeschuldigter; *d.* Angeklagter. In der französischen Terminologie lauten die entsprechenden Begriffe: *a.* suspect; *b.* prévenu; *c.* inculpé; *d.* accusé. Die unter *b.* und *c.* genannten Bezeichnungen haben praktisch die gleiche Bedeutung.

5.151.2 Definitionsvorschläge der Kommission

Angesichts der Vielfalt der Parteibezeichnungen im geltenden Recht erscheint es der Kommission mit Blick auf eine vereinheitlichte Strafprozessordnung notwendig, die Parteien zu definieren.

■ **Staatsanwalt**

Der Staatsanwalt übt die hauptsächliche Klägerrolle im Strafprozess aus. Ihm obliegt, den Strafanspruch des Staates zu vertreten und die Anwendung des Gesetzes im Interesse der Gesellschaft zu beantragen. Zur Rolle des Staatsanwalts siehe auch oben Kapitel 3.1.

■ **Die Privatklägerschaft**

Wer durch eine Straftat unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Ansprüchen verletzt wurde - das heisst der Geschädigte oder das Opfer -, kann im Verfahren als Privatkläger die Rechte einer Partei ausüben. Die Privatklägerschaft kann unter aktiver Beteiligung am Verfahren die strafrechtliche Verurteilung des Täters verlangen (Privatstrafkläger, *partie plaignante*) oder bei den Strafbehörden eine Zivilklage einreichen (*partie civile*).

Der Privatkläger kann somit nach verschiedenen Prozessordnungen auf zwei Ebenen am Strafverfahren teilnehmen: entweder gemeinsam mit der Staatsanwaltschaft, indem er die *Verurteilung des Täters* verlangt, oder als Zivilpartei im eigentlichen Sinn, welche den *Ersatz des durch die Straftat entstandenen Schadens* fordert; der Privatkläger kann auch beide Wege zugleich beschreiten. Seine Prozesshandlungen sind aber gegenüber denen des Staatsanwalts immer nur *akzessorisch*.

Personen, die Opfer eines *Sexualdelikts* sind, haben spezifische Verfahrensrechte.

■ **Der Beschuldigte**

Der Beschuldigte (le prévenu) ist die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder einer anderen Prozesshandlung als mutmasslicher Täter eines Delikts namentlich bezeichnete Person, gegen welche sich das Strafverfahren richtet.

Die Terminologie ("der Beschuldigte") bleibt also von den polizeilichen Ermittlungen bis zum Urteil unverändert.

5.152 Verbeiständung der Parteien

Die Prozessordnungen von Bund und Kantonen enthalten über die Verteidigung des Beschuldigten mehr oder weniger detaillierte Bestimmungen. Sie sind in einer gesamtschweizerischen Strafprozessordnung terminologisch und inhaltlich zu harmonisieren. Dabei ist vor allem die einschlägige Rechtsprechung zu Art. 4 BV (Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Strafverfahren) und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK (Recht auf Verteidigung) nachzuführen.

5.152.1 Die Verteidigung des Beschuldigten ⁷⁰

■ **Wahlverteidigung**

Der Angeschuldigte kann nach den geltenden Prozessordnungen in jedem Zeitpunkt des Verfahrens und ungeachtet der Schwere oder Schwierigkeit der Strafsache einen Verteidiger seiner Wahl beiziehen (*Wahlverteidigung*; *fakultative Verteidigung*). Einschränkungen der Wahlfreiheit kommen vor, soweit sie die Anzahl der Verteidiger betreffen oder die Verteidigung den praktizierenden Anwälten und den Professoren schweizerischer Hochschulen vorbehalten ist

⁷⁰ Zu den Verteidigungsrechten vgl. auch unten Ziff. 5.195.7 (Kontakt des verhafteten Angeschuldigten mit seinem Verteidiger) und Ziff. 5.222.4 (Belehrung des Angeschuldigten über seine Rechte).

(vgl. z.B. Art. 35 Abs. 2 und 3 BStP). Im übrigen gilt der Grundsatz der Freizügigkeit ⁷¹.

■ **Notwendige Verteidigung**

Der Beschuldigte *muss* unter bestimmten Voraussetzungen einen Verteidiger haben, selbst wenn er keinen möchte (*notwendige Verteidigung*). Traditionell werden im geltenden Recht namentlich folgende Fälle der notwendigen Verteidigung unterschieden:

- geistige oder körperliche Beeinträchtigung, Jugend, Unerfahrenheit (z.B. Art. 36 Abs. 1 BStP, Art. 50 Ziff. 2 lit. b BE-StPO, Art. 104 VD-StPO, § 11 Abs 2 Ziff. 1 ZH-StPO);
- Schwere der zu erwartenden Freiheitsstrafe (mindestens 6 Monate [so Art. 47 lit. b SH-StPO], teilweise nach 1 Jahr [z.B. BE und ZH] oder erst ab 18 Monaten [z.B. § 9 Abs. 1 lit. c SO-StPO]), sowie bei freiheitsentziehenden Massnahmen;
- Untersuchungshaft; hier variiert die Dauer, von welcher an die notwendige Verteidigung zu gewähren ist: dies ist häufig erst nach einem Monat der Fall (z.B. Art. 36 Abs. 1 BStP, Art. 50 Ziff. 2 lit. b BE-StPO, Art. 104 Abs.1 VD-StPO), teilweise früher (z.B. SO: 3 Wochen, ZH: 5 Tage) oder sogar sofort (Art. 49 Abs. 2 TI-StPO);
- Persönlicher Auftritt des Staatsanwalts vor Gericht.

■ **Amtliche Verteidigung**

Unter bestimmten Voraussetzungen hat ein Angeschuldigter, der nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Anwalts verfügt, Anspruch auf Beigabe eines unentgeltlichen Verteidigers (*amtliche Verteidigung*; *Offizialverteidigung*).

Dies trifft zunächst in allen Fällen der notwendigen Verteidigung zu, in denen der Betroffene nicht selbst einen Verteidiger bestellt. Je nachdem, wie eng oder weit

⁷¹ Vgl. Art. 2 ÜbBest. BV und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (BGBM, SR 943.02) sowie zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts vom 30.5.1997 i.S. H. gegen das Obergericht des Kantons Bern: Die Verpflichtung eines im Kanton Zürich zugelassenen Anwalts, für die Bewilligung zur Berufsausübung im Kanton Bern ein Leumundszeugnis beizubringen, verstösst gegen den Grundsatz der Freizügigkeit gemäss Art. 2 und 3 BGBM. Im gleichen Zusammenhang ist auch der Entwurf für ein Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz) zu erwähnen, auf dessen Regelungen die eidgenössische StPO verweisen könnte. - Wieweit die Freizügigkeit auch auf ausländische Anwälte zu erstrecken ist, wird von der Entwicklung der schweizerischen Beziehungen zu Europa abhängen.

die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung umschrieben sind, werden auch weitere Konstellationen einbezogen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dem Beschuldigten nicht nur dann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu geben, wenn eine unbedingte Freiheitsentziehende Sanktion in Frage kommt, sondern schon wenn es sich bei der Strafsache nicht um einen Bagatellfall handelt *und* sich in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten stellen, denen der Angeschuldigte allein nicht gewachsen wäre ⁷². Verschiedene kantonale Prozessordnungen gehen noch weiter, indem sie die Möglichkeit der Beigabe eines amtlichen Verteidigers bei schwieriger Sach- oder Rechtslage generell, das heisst unabhängig von der Schwere des Delikts, vorsehen ⁷³.

5.152.2 Die Verbeiständung anderer Verfahrensbeteiligter

Das Recht, sich im Strafverfahren der Hilfe eines Anwalts seiner Wahl zu bedienen, gilt grundsätzlich nicht nur für den Beschuldigten, sondern für alle privaten Verfahrensbeteiligten, insbesondere für den Geschädigten bzw. in der Terminologie der Kommission den Privatkläger (so ausdrücklich Art. 49 BE-StPO).

Der bedürftige Geschädigte hat ausserdem unter Umständen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Diese kann auch die Beigabe eines Rechtsbeistandes umfassen, wenn der Geschädigte seine Rechte im Strafverfahren sonst nicht wirksam wahrnehmen könnte. Zielt der Geschädigte ausschliesslich auf die Bestrafung des Täters ab, ist bei der Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes allerdings grössere Zurückhaltung geboten als in den Fällen, in denen es (jedenfalls auch) um die Geltendmachung von Zivilforderungen im Strafverfahren geht ⁷⁴; denn im ersteren Fall wird der Strafanspruch ohnehin auch vom Staat vertreten. In jedem Fall ist die Gewährung an die Voraussetzung zu knüpfen, dass die Sache nicht von vorneherein aussichtslos erscheint.

⁷² BGE 122 I 49, 51 f. mit Hinweisen.

⁷³ Vgl. z.B. Artikel 51 Absatz 3 BE-StPO: dem unbemittelten Beschuldigten *muss* auf sein Begehren hin die amtliche Verteidigung bereits nach 5 Tagen Untersuchungshaft sowie bei zu erwartender Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten gewährt werden; darüber hinaus *kann* sie gewährt werden, "wenn dies aus besonderen Gründen, namentlich bei schwieriger Sach- oder Rechtslage, geboten scheint"; ähnlich die Regelung in Artikel 48 Absatz 2 SH-StPO.

⁷⁴ HAUSER/SCHWERI, S. 133, Rz. 19

5.153 Zusammenfassung der Vorschläge der Kommission

- Die einheitliche Strafprozessordnung soll die Parteistellung dem *Staatsanwalt*, der *Privatklägerschaft* und dem *Beschuldigten* einräumen.
- Als Privatkläger kann sich konstituieren, wer durch eine Straftat unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Ansprüchen verletzt wurde, das heisst der Geschädigte und das Opfer.
- Privatkläger sollen im Strafverfahren sowohl im Strafpunkt - gemeinsam mit dem Staatsanwalt - als auch - unabhängig vom Staatsanwalt - im Zivilpunkt auftreten können.
- Der mutmassliche Täter soll von den polizeilichen Ermittlungen bis zur gerichtlichen Beurteilung als Beschuldiger bezeichnet werden.
- Weiteren Verfahrensbeteiligten sind Rechte nur nach Massgabe ihres spezifischen Interesses zu gewähren (dies betrifft z.B. den Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf Einlegung eines Rechtsmittels oder das Recht, Beweisanträge zu stellen).
- Bei der Regelung der fakultativen, der notwendigen und der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten sowie der Verbeiständung anderer Verfahrensbeteiligter ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die Entwicklung in neueren kantonalen Prozessordnungen abzustellen.
- Die unentgeltliche Verbeiständung eines mittellosen Geschädigten ist zu gewähren, wenn dieser seine Rechte weder selbst noch durch seinen gesetzlichen Vertreter wirksam geltend machen kann und die Sache nicht von vorneherein aussichtslos erscheint.

5.16 Verfahrensrechte ⁷⁵

Ein modernes Verfahrensgesetz muss die Waffengleichheit zwischen den Parteien vom Anfang des Verfahrens gegen den Beschuldigten an gewährleisten. Ausserdem sollten dem Opfer besondere Rechte zum Schutz seiner Persönlichkeit gewährt werden.

5.161 Heutige Rechtslage

5.161.1 Allgemeines

Während im Zivilprozess die Parteien einander gleichgestellt sind, womit die Waffengleichheit verwirklicht wird, ist diese Gleichstellung im Strafprozess nicht in allen Verfahrensphasen sichergestellt, namentlich nicht im Vorverfahren.

So kann dem Beschuldigten die Freiheit entzogen werden. Es kann ihm auch verwehrt werden, mit Dritten und sogar mit seinem Verteidiger Kontakt aufzunehmen oder die Akten einzusehen. Die meisten kantonalen Strafprozessordnungen und der Bundesstrafprozess sehen die Möglichkeit vor, den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör zu verzögern, namentlich bei der Akteneinsicht und bei der Teilnahme an Untersuchungshandlungen.

Ausserdem verfügt der Staatsanwalt, besonders im Vorverfahren, nach vielen kantonalen Verfahrensgesetzen und auch gemäss Bundesstrafprozess über weitergehende Rechte als die anderen Parteien.

Mit der Schaffung des Opferhilfegesetzes (OHG) wurde die Stellung des Opfers im Strafprozess substantiell verstärkt. Dieses Gesetz gewährt jeder Person, die durch eine Straftat unmittelbar in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität beeinträchtigt worden ist, einen besseren Schutz ihrer Persönlichkeit. Zudem räumt es den Opfern ähnliche Verfahrensrechte ein wie den Beschuldigten sowie besondere Rechte im Falle von Sexualdelikten.

⁷⁵ Übersetzung aus dem Französischen.

5.161.2 Stellung des Staatsanwalts

Die Stellung der Staatsanwaltschaft ist in den Kantonen recht unterschiedlich geregelt. So wirkt der Staatsanwalt in bestimmten Kantonen (Basel-Stadt und Tessin) ebenso als verfolgende wie als untersuchende Behörde. In anderen Kantonen (Genf, Jura, Neuenburg) sowie im Bund stehen die Ermittlungen unter der Leitung des Staatsanwalts, der aber keine Untersuchung führen darf. In weiteren Kantonen, zumal der Mehrheit der Deutschschweizer Stände, hat der Staatsanwalt Aufsichtsfunktionen bei der Untersuchung sowie bei der Überweisung ans Gericht (vgl. oben Kapitel 3.1)..

Von einigen Kantonen abgesehen, hat der Staatsanwalt nur vor Gericht, das heisst im Rahmen der Hauptverhandlung, eine eigentliche Parteistellung und steht er damit auf gleicher Stufe wie die anderen Parteien

Im Vorverfahren (polizeiliche Ermittlungen und Untersuchung) kommt ihm hingegen zumeist eine bevorzugte Stellung zu. Die Mehrheit der kantonalen Verfahrensgesetze und der Bundesstrafprozess gewähren dem öffentlichen Ankläger *besondere Rechte* (so kann der Staatsanwalt jederzeit die Akten einsehen oder an Untersuchungshandlungen teilnehmen). Die entsprechenden Rechte des Beschuldigten können dagegen beschränkt werden.

5.161.3 Die Stellung von Opfer und Geschädigtem (Privatklägerschaft)

Der Geschädigte bzw. das Opfer, das heisst die durch eine strafbare Handlung unmittelbar verletzte Person, kann sich am Prozess auf zweierlei Arten beteiligen: entweder, im Strafpunkt, zusammen mit der Anklage oder selbständig im Zivilpunkt, akzessorisch zum Strafverfahren.

Die Rechte des Geschädigten, der als Partei im Strafprozess auftritt, sind von Kanton zu Kanton verschieden, präsentieren sich aber im allgemeinen wie folgt:

- Recht, die Eröffnung eines Strafverfahrens zu beantragen;
- Beschwerderecht gegen Einstellungs- und Nichtanhandnahme-Verfügungen;
- Recht, sich durch Beweisofferten am Verfahren zu beteiligen;
- Auskunftsrecht;
- Anwesenheitsrecht;
- Anspruch auf rechtliches Gehör;
- Recht auf Ergreifung von Rechtsmitteln;
- Recht, sich verbeiständen oder vertreten zu lassen;

- Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und auf einen amtlichen Rechtsbeistand (bei Mittellosigkeit des Ansprechers und besonderer Schwere des Falles).

Das *Opferhilfegesetz* verbessert die Stellung des Opfers von Straftaten, das heisst einer besonders definierten Kategorie von Geschädigten, indem es Vorschriften zum Schutz von dessen Persönlichkeit aufstellt. Es gewährt dem Opfer *besondere Rechte in vier Bereichen* ⁷⁶:

■ Rechte zum Schutze der Persönlichkeit

Artikel 5 OHG garantiert dem Opfer den grösstmöglichen Schutz seiner *Anonymität* in allen Abschnitten des Verfahrens: Seine Identität wird nur bekanntgegeben, wenn es notwendig ist; die *Öffentlichkeit* wird vom Prozess *ausgeschlossen*, wenn überwiegende Interessen des Opfers es gebieten; das Opfer hat das Recht, eine *Begegnung* mit dem mutmasslichen Täter *abzulehnen*. Artikel 7 Absatz 2 erlaubt dem Opfer, über Fragen, die seine Intimsphäre betreffen, die *Aussage zu verweigern*.

■ Besondere Rechte der Opfer von Sexualdelikten

Das Opfer eines Sexualdelikts hat einen *Anspruch auf Ausschluss der Öffentlichkeit* vom Verfahren; bei anderen Straftaten hat der Richter dagegen die Interessen im Einzelfall gegeneinander abzuwägen (Art. 5 Abs. 2). Das Opfer kann ferner verlangen, von einer *Person des gleichen Geschlechts einvernommen* zu werden (Art. 10).

■ Verfahrensrechte

Artikel 8 OHG verleiht dem Opfer die Stellung einer Hauptpartei im Verfahren. Er gewährt ihm namentlich das Recht, seine Zivilansprüche im Strafverfahren geltend zu machen. Das Opfer kann auch einen gerichtlichen Entscheid verlangen, wenn das Verfahren nicht eingeleitet oder es eingestellt wird. Schliesslich kann es den Gerichtsentscheid mit den gleichen Rechtsmitteln anfechten wie der Beschuldigte, wenn es sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und der Entscheid seine Zivilansprüche betrifft oder sich auf die Beurteilung auswirken kann.

⁷⁶ Zur Stellung des Opfers im Strafverfahren nach der Einführung des OHG vgl. insbesondere CORBOZ, Les droit procéduraux découlant de la LAVI, SJ 1996, S. 53 ff. und PIQUEREZ (Aide aux victimes) S. 24 ff.

■ **Recht auf Auskunft über Verfahrensrechte**

Vor jeder Einvernahme und in allen Verfahrensabschnitten muss das Opfer *über seine Rechte informiert* werden. Auf Verlangen haben ihm die Behörden unentgeltlich Entscheide und Urteile mitzuteilen (Art. 8 Abs. 2).

5.161.4 Rechte des Beschuldigten ⁷⁷

Alle Strafprozessgesetze der Schweiz gewähren dem Beschuldigten ⁷⁸ die folgenden Rechte:

- das Recht zu schweigen und sich selber nicht zu belasten;
- das Recht, über die Haftgründe informiert und umgehend einem Richter vorgeführt zu werden;
- das Recht, binnen vernünftiger Frist abgeurteilt oder während des Verfahrens freigelassen zu werden;
- das Recht, bei einem Gericht gegen die Inhaftierung Beschwerde zu führen;
- das Recht, über die gemachten Vorhaltungen in Kenntnis gesetzt zu werden;
- das Recht auf einen Verteidiger;
- das Recht auf einen Dolmetscher;
- das Recht, die Akten einzusehen und sie zu kopieren;
- das Recht, Untersuchungshandlungen, namentlich die Einvernahme von Zeugen, zu beantragen;
- das Recht, aktiv an der Untersuchung mitzuwirken;
- das Recht, gegen Entscheide des Untersuchungsrichters zu rekurrieren;
- das Recht, für seine Verteidigung die nötige Zeit und die erforderlichen Mittel einsetzen zu können;
- das Recht, über den Schluss der Untersuchung informiert zu werden und zu deren Ergebnis Stellung zu nehmen.

⁷⁷ Zu den Rechten des Beschuldigten im schweizerischen Strafverfahren vgl. PIQUEREZ Les droits de la défense dans le procès pénal suisse, in: Etudes à l'honneur de Dominique Poncet, 1997, S. 71 f. und OBERHOLZER, S. 132 ff.

⁷⁸ Im geltenden Recht wird zumeist der Tatverdächtige im Untersuchungsverfahren als Beschuldigter bezeichnet; vgl. aber den von der Kommission neu definierten Begriff des Beschuldigten in Kapitel 5.15, Ziff. 5.151.2.

5.162 Vorschläge der Kommission

5.162.1 Waffengleichheit im Verfahren

Die Kommission ist der Ansicht, dass eine moderne eidgenössische Strafprozessordnung die Waffengleichheit der Parteien zu gewährleisten hat. Nach dem Prinzip der Waffengleichheit darf der Beschuldigte im Vergleich zum Ankläger nicht schlechter gestellt sein. Dieser Grundsatz kommt freilich nur im Hauptverfahren voll zum Tragen, es sei denn, das kantonale Recht garantiere ihn bereits im Stadium der Untersuchung ⁷⁹. Die neuere Lehre ⁸⁰ und die Rechtsprechung ⁸¹ postulieren ein Recht des Beschuldigten, von Anfang des Verfahrens an Einsicht in die Akten zu nehmen, das heisst sobald die Strafverfolgung gegen eine bestimmte Person eingeleitet ist oder gegen diese eine Zwangsmassnahme angeordnet wird. Jedenfalls dürfen die Verfahrensrechte des Beschuldigten nur *ausnahmsweise*, in *besonders schweren Fällen*, verzögert oder eingeschränkt werden. Diese Tendenz muss nach Auffassung der Kommission auch in der vereinheitlichten Strafprozessordnung ihren Niederschlag finden.

5.162.2 Besondere Rechte des Opfers

Die den Opfern von Sexualdelikten zuerkannten besonderen Rechte sollten in die eidgenössische Strafprozessordnung aufgenommen werden.

Es ist zu prüfen, ob die im OHG statuierten Rechte von Personen, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität beeinträchtigt wurden, sollten *auf sämtliche Deliktsoffer ausgedehnt* werden sollen oder ob sich Unterscheidungen zwischen verschiedenen Kategorien von Geschädigten weiterhin rechtfertigen.

⁷⁹ Dies trifft bei modernen oder kürzlich revidierten Verfahrensgesetzen zu, vgl. u.a. Artikel 244 Absatz 2 und 3 BE-StPO; 95 Absatz 1 und 96 SO-StPO; 218 SH-StPO; 149 AR-StPO.

⁸⁰ Namentlich HAUSER/SCHWERI, Rz. 7, S. 327 und PIQUEREZ, Rz. 1928.

⁸¹ Insbesondere BGE 115 Ia 263.

5.17 Prozesshandlungen ⁸²

Eine künftige einheitliche Strafprozessordnung muss die Prozesshandlungen umschreiben. Die Kommission orientiert sich dabei im wesentlichen an den geltenden kantonalen Praktiken.

5.171 Prozesshandlungen der richterlichen Behörden

5.171.1 Richterliche Entscheide

Bei den von den verfolgenden, untersuchenden und urteilenden Behörden im Lauf des Verfahrens gefällten Entscheiden ist zwischen *Urteilen* (jugements), *Beschlüssen* (décisions) und *Verfügungen* (ordonnances) zu unterscheiden.

Urteile sind materielle oder Prozessentscheide, die das Verfahren vor der jeweiligen Instanz beenden. Im Prinzip werden Urteile nur von Gerichten gefällt. Für die leichte Kriminalität, namentlich für Übertretungen, kann der Gesetzgeber die Urteilskompetenz den verfolgenden und untersuchenden Instanzen, ja sogar gewissen Verwaltungsbehörden (z.B. Oberamtmann, "préfet"), überlassen.

Die übrigen Entscheide sind entweder *Verfügungen*, wenn sie von einem einzelnen Magistraten gefällt werden, oder *Beschlüsse*, wenn sie ein Kollegialgremium trifft. Verfügungen und Beschlüsse betreffen nur prozessuale Aspekte (beispielsweise Eröffnung der Strafverfolgung, Einstellung, Überweisung, Fristverlängerung, Entscheid über Austandsbegehren, Beweisergänzung).

5.171.2 Eröffnung der richterlichen Entscheide

Durch die Eröffnung oder Mitteilung wird ein richterlicher Entscheid einer Person zur Kenntnis gebracht. Es handelt sich also um die in gesetzlich vorgeschriebener Weise erfolgende Übergabe eines schriftlichen Entscheides (z.B. Vorladung, Urteil) an eine Partei oder eine andere Person (z.B. einen Zeugen).

⁸² Übersetzung aus dem Französischen

Die Eröffnung findet gewöhnlich auf dem Postweg statt, nach Massgabe des Postgesetzes vom 30. April 1997⁸³. Sie kann auch mündlich an der Verhandlung selber erfolgen oder unter Mithilfe der Polizei. Die Form der Eröffnung bestimmt sich nach kantonalem Recht. Hingegen schreibt das Bundesrecht namentlich für die bundesrechtlichen Fristen vor, wann die Eröffnung bzw. die Zustellung eines Entscheides als erfolgt gilt.

Die direkte Eröffnung eines Strafentscheides auf dem Postweg im Ausland ist grundsätzlich nichtig, es sei denn, ein internationales Abkommen lasse dies zu. Eine solche Eröffnung hat vielmehr auf diplomatischem Wege stattzufinden oder, nach Massgabe eines internationalen Abkommens, durch direkte Übermittlung zwischen den zuständigen Behörden. Strafbescheide, welche Übertretungen im Strassenverkehr betreffen, können jedoch direkt durch die Post dem Adressaten in der Schweiz eröffnet werden (Art. 30 IRSG).

5.171.3 Formalitäten der Gerichtsverhandlung

■ *Amtssprache*

Aus dem verfassungsmässig festgelegten Grundsatz der Sprachenterritorialität folgt, dass die Kantone das Recht haben, für ihre Gerichtskreise die Prozesssprache festzulegen. Diese ist auch für Sprachminderheiten verbindlich; vorbehalten bleibt aber der Fall mehrsprachiger Kantone. Im Verkehr mit den kantonalen Behörden haben sich die Bürger der Amtssprache des Kantons zu bedienen.

■ *Dolmetscher und Übersetzer*

Ist eine Partei, ein Zeuge oder ein Sachverständiger der Verhandlungssprache nicht mächtig, bezeichnet der Richter einen Dolmetscher. Da das Verfahren in der Sprache des Gerichts geführt wird, müssen die in einer anderen Sprache verfassten Dokumente übersetzt werden. Der Partei, welche Dokumente in einer fremden Sprache vorlegt, ist eine angemessene Frist zu setzen, um eine Übersetzung in der Sprache des Gerichts nachzureichen.

Die Europäische Menschenrechtskonvention bestimmt in ihrem Artikel 5 Ziffer 2, dass jede festgenommene Person in möglichst kurzer Zeit und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe ihrer Festnahme und über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet werden muss. Ferner verlangt die EMRK in Artikel 6 Ziffer 3 literae a und e, dass jeder Angeklagte in möglichst kurzer Frist in einer für ihn verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen in Kenntnis zu

⁸³ AS 1997 2452; SR 783.0.

setzen ist und dass ihm die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers zusteht, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder sich in ihr nicht ausdrücken kann. Das Recht auf einen Dolmetscher erstreckt sich auf das gesamte Verfahren (Untersuchung und Hauptverhandlung).

Weder die Bundesverfassung noch die EMRK geben dem Bürger einen unabdingbaren Anspruch auf eine unentgeltliche Übersetzung der Akten oder eines schriftlichen Urteils, wenn er die vom Gericht verwendete Sprache nicht versteht.

■ **Protokolle**

Sämtliche Rechtshandlungen der Parteien und des Richters müssen in einem Protokoll festgehalten werden, das vom Gerichtsschreiber erstellt wird. Das Protokoll ist ein wesentliches Element der Akten; es belegt alle vorgenommenen Prozesshandlungen in sämtlichen Verfahrensstadien

Das Protokoll ist eine öffentliche Urkunde, deren Richtigkeit als erwiesen gilt, solange nicht der Beweis des Gegenteils erbracht ist. Demgegenüber haben Polizeirapporte, Amtsberichte und Berichte von Sachverständigen keine erhöhte Beweiskraft; sie unterliegen der freien Beweiswürdigung.

Das Protokoll wird mit der Maschine oder von Hand abgefasst. Um gültig zu sein, muss es von seinem Verfasser sowie vom Richter unterzeichnet werden. Einvernahmeprotokolle müssen ausserdem von der einvernommenen Person gelesen (oder ihr vorgelesen werden) und unterzeichnet werden.

Die Kommission spricht sich dafür aus, dass sowohl während der Untersuchung als auch an der Hauptverhandlung *immer ein Protokoll* geführt wird. Mit dieser Vorkehrung lässt sich der Ablauf des Verfahrens sicher dokumentieren, was nicht nur im Interesse der Rechtsstaatlichkeit liegt, sondern auch für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren Vorteile bringt. Tonbandaufzeichnungen, die nachher zu transkribieren sind, sollen nur in besonderen Situationen (z.B. bei fremdsprachigen Einvernahmen oder generell komplexen Verfahren) möglich sein.

■ **Sitzungspolizei und Disziplinargewalt**

Von der Eröffnung der Strafverfolgung an bis zur Urteilsfällung obliegt es dem Richter, das Verfahren zu führen und die Sitzungen zu leiten. Er entscheidet über die verschiedenen Prozesshandlungen.

Die *Sitzungspolizei* ist Sache des vorsitzenden Richters. Er trifft die erforderlichen präventiven oder repressiven Massnahmen, um den geordneten Ablauf und die Unparteilichkeit der Gerichtsverhandlung zu gewährleisten. Der Richter kann Personen, welche die Verhandlung stören, aus dem Saal weisen oder auch den Sitzungsraum räumen lassen. Diese Sanktionen können gegen die Parteien, deren Rechtsvertreter und ebenso gegen die Zuschauer ergriffen werden.

Der Richter übt eine *Disziplinargewalt* aus. So kann er, beispielsweise bei unentschuldigtem Fernbleiben oder verspätetem Erscheinen einer Person, die ordnungsgemäss vorgeladen wurde, einen Verweis, eine Busse oder eine kurze Haftstrafe aussprechen.

5.172 Prozesshandlungen der Parteien

Bei den Prozesshandlungen der Parteien unterscheidet man zwischen gestalten- den *Erklärungen* (z.B. Rückzug einer Beschwerde, Zustimmung des Beschuldigten zu den Zivilansprüchen) und *Anträgen* (beispielsweise auf Beweisergänzung oder Fristverlängerung).

5.172.1 Anträge

Mit einem Antrag verlangen die Parteien vom Richter die Durchführung einer bestimmten Prozesshandlung. Anträge haben nur eine *indirekte Wirkung* auf das Verfahren, indem sie den Richter zu einem Entscheid veranlassen wollen (beispielsweise Antrag auf Sitzungsverschiebung oder an der Verhandlung gestellte Anträge zur Schuld- oder zur Kostenfrage).

5.172.2 Erklärungen

Diese Prozesshandlungen üben eine *unmittelbare Wirkung* auf das Verfahren aus, indem sie eine rechtliche Situation verändern. Dazu gehören der Rückzug des Strafantrags und der Verzicht auf ein Rechtsmittel. In diesen Fällen wird das Verfahren allein durch die Willenserklärung einer Partei beendet; der Richter kann davon lediglich Kenntnis nehmen und muss selber nicht tätig werden.

5.172.3 Formelle und materielle Voraussetzungen

Prozesshandlungen der Parteien können mündlich oder schriftlich erfolgen. Erklärungen - beispielsweise der Rückzug einer Beschwerde - sind unwiderruflich und können nicht mit einer Bedingung verknüpft werden. Anträge können dagegen zurückgezogen und mit Bedingungen verbunden werden; sie können subsidiären oder Eventualcharakter aufweisen.

■ **Fristen**

Legt das Gesetz selber eine Frist fest, innerhalb deren eine Prozesshandlung vorgenommen werden muss, ist diese Frist zwingend und kann grundsätzlich nicht verlängert werden. Ihre Nichteinhaltung führt zum Verlust des Rechts, Antrag zu stellen (Präklusivfrist). Hingegen können vom Gericht gesetzte Fristen und Termine auf Antrag erstreckt werden. Ihre Nichtbeachtung führt üblicherweise zur Säumnis der betreffenden Partei.

Hat die Nichtbeachtung einer Frist oder eines Termins einen schweren, nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge, kann die betroffene Person die Wiederherstellung der Frist (*restitutio in integrum*) verlangen, wenn sie nachweist, dass die Nichtbeachtung weder von ihr noch von ihrem Vertreter verschuldet wurde. Als Wiederherstellungsgründe kommen somit beispielsweise eine akute Erkrankung, eine Zugsverspätung oder erhaltene falsche Auskünfte über ein Rechtsmittel in Frage.

■ **Örtliche Vorschriften**

Die Parteien müssen ihre Prozesshandlungen grundsätzlich am Sitze der zuständigen Behörde durchführen. Die Erklärung eines Rechtsmittels hat dagegen in der Regel bei derjenigen Gerichtsbehörde zu erfolgen, welche das Urteil gefällt hat. Ein fristgerecht bei einer unzuständigen Gerichtsbehörde eingereichtes Rechtsmittel ist gültig.

5.172.4 Mangelhafte Prozesshandlungen der Parteien

Mangelhafte Prozesshandlungen, die nur indirekte Wirkungen haben, können von den Parteien bis zum Urteil nach eigenem Belieben zurückgezogen oder verbessert werden.

Dagegen können Prozesshandlungen mit unmittelbaren Wirkungen auf das Verfahren weder zurückgezogen noch verbessert werden. Ein Irrtum hebt also den unwiderruflichen Charakter nicht auf. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben muss jedoch ein Bürger, der von den Justizorganen über Wirkungen, Form oder Frist einer Prozesshandlung falsch informiert wurde, keine Nachteile befürchten.

Prozesshandlungen, die unter Zwang oder Drohung vorgenommen wurden, sind nichtig.

Die Fehlerhaftigkeit einer Prozesshandlung kann deren Nichtigkeit nach sich ziehen. Das Prozessrecht sieht indes verschiedene Möglichkeiten vor, derartige Mängel zu heilen.

5.18 Beweismittel

Die einzelnen Beweismittel sind explizit zu regeln. Dazu gehört namentlich auch die Beweisfigur der Auskunftsperson. Ferner sind wichtige Grundsätze zum Beweisrecht, insbesondere das Verwertungsverbot für illegal erhobene Beweismittel, zu kodifizieren.

5.181 Allgemeines

Der Abschnitt über Beweismittel soll Regeln enthalten, die für die *Untersuchung und die Hauptverhandlung* gelten. Die Aufgaben der Polizei zur Beweissicherung sind in den Vorschriften über die polizeilichen Ermittlungen zu umschreiben.

Die Kommission orientiert sich in ihren Vorschlägen stark an den Regelungen der geltenden kantonalen Prozessgesetze.

5.182 Die einzelnen Beweismittel

Zuzulassen sind alle für die Wahrheitsfindung tauglichen Mittel, namentlich die Aussagen des Beschuldigten, von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen sowie der Augenschein.

5.182.1 Zeuge

Festzuschreiben ist zunächst die *Zeugnispflicht als allgemeine Bürgerpflicht*. Ein Zeuge ist zum Erscheinen und zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet.

■ ***Zeugnisverweigerungsrecht wegen Familienbindungen***

Zeugen ist ein Zeugnisverweigerungsrecht wegen familienrechtlicher Beziehungen zuzugestehen. Dies ist namentlich der Fall bei Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft in gerader und in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad sowie bei

entsprechender Stiefgeschwisterschaft. Zu verzichten ist auf ein Zeugnisverweigerungsrecht bei einem blossen *Verlöbnis*. Hingegen soll sich der Ehepartner des Beschuldigten auf ein solches Recht berufen können, und dies selbst nach erfolgter Scheidung. Die Kommission befürwortet auch ein Zeugnisverweigerungsrecht für *eheähnlich zusammenlebende Partner* nach dem Muster der Prozessordnungen von Solothurn, Schaffhausen, Bern und Freiburg (neue StPO).

In Abweichung vom Zeugnisverweigerungsrecht wegen Familienbindungen ist, wenn Täter und Opfer eines schweren Delikts in einer Familienbeziehung stehen (beispielsweise wenn ein Vater sich an seiner Tochter sexuell vergeht), eine *Aussagepflicht* des Opfers und der anderen Familienangehörigen zu postulieren, damit derartige Delikte auch tatsächlich verfolgt werden können. Einzelne Kantone kennen bereits derartige Regelungen ⁸⁴.

■ Zeugnisverweigerungsrecht bei Amts- und Berufsgeheimnis

Ein Zeugnisverweigerungsrecht ist bei Amts- und Berufsgeheimnissen geboten (Art. 320/321 StGB). Das Recht zur Zeugnisverweigerung soll auch *nach* Entbindung von einem Berufsgeheimnis weiterbestehen, wie dies viele Prozessordnungen vorsehen. Müssen Personen, die dem Post- und Fernmeldegeheimnis nach Artikel 321^{ter} StGB unterstehen, als Zeugen befragt werden, so ist dafür die Genehmigung des zuständigen Richters einzuholen.

Skeptisch steht die Kommission der Idee einer *Generalklausel* gegenüber: nach einer solchen könnte der Richter jemanden von der Aussagepflicht entbinden, dem aufgrund seines Berufs ein Geheimnis anvertraut oder bekanntgegeben wurde, sofern das berechtigte Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (vgl. Art. 116 SH-StPO).

Die Zeugnisverweigerungsrechte in der *Spezialgesetzgebung* sollen weiterbestehen: so Artikel 2 des Bundesgesetzes über die Schwangerschaftsberatungsstellen ⁸⁵ und Artikel 4 des Opferhilfegesetzes für Mitarbeiter von Beratungsstellen. Gleiches gilt für den Schutz des Berufsgeheimnisses der *Medienschaffenden* gemäss der im Parlament beschlossenen Revision des Medienstraf- und Verfahrensrechts ⁸⁶.

■ Zeugenschutz

Ein *Antwortverweigerungsrecht* zum Schutz des Zeugen und seiner nächsten Angehörigen ist bei Gefahr strafrechtlicher Verfolgung am Platze, nicht jedoch wenn andere schwere Nachteile drohen oder bei Gefahr der Unehre (vgl. oben Kapitel 4.3, Zeugenschutz).

⁸⁴ Beispielsweise AR-StPO Art. 74 Abs. 2.

⁸⁵ SR 857.

⁸⁶ Vgl. BBl 1997 IV 782 ff.

Zur Frage einer *Kronzeugenregelung* vgl. oben Kapitel 4.2).

■ **Einvernahme von Zeugen**

Der Einvernehmende klärt zunächst die *Identität des Zeugen* ab. Anschliessend ist der Zeuge unter Hinweis auf Art. 307 StGB zur *Wahrheit zu ermahnen* und über ein allfälliges *Zeugnisverweigerungsrecht* zu belehren.

Hauptgegenstand der Befragung sind der Sachverhalt sowie - wenn dies für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Bedeutung ist - die Beziehungen des Zeugen zu den Parteien und seine persönlichen Verhältnisse. *Getrennte Einvernahmen* und *Konfrontationen* sind zu ermöglichen.

In besonderen Situationen soll es zulässig sein, eine Zeugeneinvernahme so zu gestalten, dass sich der Beschuldigte in einem separaten Raum aufhält und von der Zeugeneinvernahme mittels *Videoübertragung* Kenntnis erhält (vgl. oben Kapitel 4.3. Zeugenschutz).

Die Zeugenaussagen sind zu *protokollieren*. Frühere Aussagen müssen auch dann verwertbar sein, wenn der Zeuge erst später (z.B. an der Hauptverhandlung) vom Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, sofern bei der früheren Aussage eine Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht stattfand.

■ **Besondere Regeln für die Einvernahme von Kindern und Deliktsopfern**

Kinder unter 15 Jahren sollen nicht als Zeugen befragt werden.

Die Sondervorschriften des *Opferhilfegesetzes* für Zeugen sind in die neue eidgenössische Strafprozessordnung zu überführen: so die Regelungen über Konfrontationsvermeidung ⁸⁷, Zeugenbeistand ⁸⁸, Recht auf Einvernahme durch eine Person gleichen Geschlechts ⁸⁹, Recht, die Aussage zu verweigern, wenn die Intimsphäre betroffen ist ⁹⁰.

■ **Straffolgen**

Der Einvernehmende kann einen Zeugen unter Hinweis auf die Straffolgen des Art. 292 StGB verpflichten, über seine Aussagen und die dabei erlangten Kenntnisse Stillschweigen zu bewahren, um die Beeinflussung später anzuhörender

⁸⁷ Art. 5 Abs. 4.

⁸⁸ Art. 7 Abs. 1.

⁸⁹ Art. 6 Abs. 3.

⁹⁰ Art. 7 Abs. 2.

Zeugen durch Dritte zu verhindern (z.B. durch Medienberichte). Einige Kantone kennen eine solche Norm ⁹¹.

Falls ein Zeuge die *Aussage ohne Zeugnisverweigerungsgrund verweigert*, ist er auf die Folgen von Art. 292 StGB hinzuweisen und bei Fortsetzung der Weigerung nach dieser Norm zu bestrafen. Auf die gelegentlich noch vorgesehene Beugehaft ist jedoch zu verzichten.

5.182.2 Auskunftsperson

Die in vielen Kantonen ⁹² bekannte Beweisfigur der Auskunftsperson ist in eine eidgenössische Strafprozessordnung aufzunehmen

Als Auskunftspersonen können einvernommen werden:

- Personen, bei denen unklar ist, ob sie als Täter oder Teilnehmer in Frage kommen,
- Kinder, die das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben,
- Personen, die aus anderen Gründen nicht in der Lage sind, die Tragweite einer Zeugenaussage voll zu erfassen,
- Personen mit naher Beziehung zum Prozessgegenstand (wie namentlich Geschädigte, sofern der Untersuchungszweck nicht die Einvernahme als Zeuge gebietet).

Kinder unter 15 Jahren dürfen nur einvernommen werden, wenn es unbedingt notwendig ist, um den Prozesszweck zu erreichen; Mehrfachbefragungen sind möglichst zu vermeiden.

Auskunftspersonen sind wie Zeugen zum Erscheinen verpflichtet und müssen zur Wahrheit ermahnt werden. Hingegen sind sie nicht verpflichtet, Aussagen zu machen; darauf sind sie ausdrücklich hinzuweisen. Sie können bei einer Falschaussage auch nicht nach Art. 307 StGB wegen falschen Zeugnisses bestraft werden.

Im übrigen sind die Vorschriften über Zeugeneinvernahmen sinngemäss anwendbar.

⁹¹ Z.B. LU-StPO § 100 Abs. 4, VD-StPO Art. 185, BE-StPO Art. 122, FR-(neue) StPO Art. 84.

⁹² So BE, LU, UR, SZ, NW, OW, GL, FR (neue StPO), SO, SH, AI, AR, SG, AR, TG, GE und JU.

5.182.3 Sachverständiger

Sachverständige sind beizuziehen, wenn dies gesetzlich vorgeschrieben ist, oder wenn es zur Abklärung eines Sachverhalts besonderer Fachkenntnisse bedarf.

■ *Bezeichnung des Sachverständigen*

Das Gericht bzw. der Verfahrensleiter bezeichnet den Experten. Auf die in einzelnen Kantonen vorgesehene ausdrückliche Verpflichtung jedes fachkundigen Ortsansässigen, ein Expertenmandat anzunehmen, ist zu verzichten. Der Sachverständige ist über die *Verschwiegenheitspflicht* und die strafrechtlichen Folgen eines falschen Gutachtens zu belehren.

Er erhält in der Regel eine *schriftlichen Auftrag*. Allenfalls müssen ihm Gegenstände, Aktenstücke und Dokumente übergeben werden. Die Parteien sind grundsätzlich berechtigt, sich zur Person des Experten und zum Auftrag zu äussern.

■ *Erfüllung des Auftrags*

Der beauftragte Sachverständige hat sein Gutachten *persönlich* zu erstatten. Sachverständige in öffentlicher Anstellung (z.B. der Direktor einer kantonalen psychiatrischen Klinik) sollten die Expertise jedoch mit Zustimmung des Richters und unter ihrer Verantwortung von einem ihnen unterstellten Spezialisten ausarbeiten lassen können.

Eigene Beweise darf der Sachverständige nur erheben, soweit er fachspezifische Abklärungen vornehmen muss (z.B. die Befragung von Kontaktpersonen einer Person, die psychiatrischer Behandlung bedarf). Im übrigen müsste der Sachverständige beim zuständigen Richter Beweismassnahmen beantragen.

Das Gutachten wird in der Regel schriftlich erstattet. Möglich ist aber auch eine mündliche Befragung. Die Parteien müssen das Recht haben, eine Ergänzung des Gutachtens oder eine Oberexpertise zu beantragen.

Ein Sachverständiger hat Anspruch auf angemessene Entschädigung.

5.182.4 Augenschein

Örtlichkeiten, Vorgänge und nicht unmittelbar zur Verfügung stehende Gegenstände können in Augenschein genommen werden. Einvernahmen und andere Beweiserhebungen sollen an den Ort des Augenscheins verlegt werden können. Die Ergebnisse des Augenscheins müssen durch Protokollierung sowie gegeb-

nenfalls durch Fotografien, Pläne usw. festgehalten werden. Jedermann ist verpflichtet, einen richterlich angeordneten Augenschein zu dulden.

5.182.5 Weitere Beweismittel

In einer besonderen Vorschrift sollen weitere Beweismittel genannt werden, so etwa amtliche Akten und Berichte aller Art ⁹³ sowie Beweisgegenstände (wie z.B. Verbrechenwerkzeuge, Schriftstücke, Filme).

5.183 Beweiswürdigung und Beweisverwertung

Allgemein bekannte und gerichtskundige Tatsachen bedürfen keines Beweises.

■ **Beweisverwertungsverbot**

Rechtswidrig erlangte Beweismittel unterliegen einem Beweisverwertungsverbot; sie führen zur Entfernung der betreffenden Akten aus dem Gerichtsossier.

Dies betrifft Beweise, die durch einen Verstoß gegen materielles Strafrecht (namentlich in Form nicht bewilligter Zwangsmassnahmen) ⁹⁴, durch verbotene Vernehmungsmethoden⁹⁵ oder in anderer Weise in Missachtung der Menschenwürde und von Grundsätzen des Rechts ⁹⁶ erlangt worden sind. Entsprechendes gilt für Einvernahmen, die ohne Hinweis auf ein allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht durchgeführt werden.

Nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führt die Verletzung blosser Ordnungsvorschriften. In anderen Fällen muss zwischen den Interessen des Staates an der Abklärung des Delikts und den Persönlichkeitsrechten des Beschuldigten abgewogen werden ⁹⁷.

Für die Verwertung von Beweismitteln, die *durch Private rechtswidrig erlangt* wurden, ist grundsätzlich auf die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien abzustellen. Danach dürfen solche Beweise verwertet werden, wenn bei ihrer Beschaffung kein Rechtsgut verletzt wurde, das im konkreten Fall den Vorrang vor

⁹³ Dazu gehören auch schriftliche Berichte, welche an die Stelle einer Einvernahme beispielsweise von Behörden oder Ärzten als Zeugen treten. Ebenso können Polizeirapporte Beweisfunktion haben.

⁹⁴ Vgl. HAUSER/SCHWERI, S. 238.

⁹⁵ Vgl. HAUSER/SCHWERI, S. 237 und oben Kapitel 5.14, Grundsätze des Verfahrens.

⁹⁶ Neue FR-StPO Art. 73.

⁹⁷ HAUSER/SCHWERI, S. 235 f.

dem Interesse an der Wahrheitsfindung und der Durchsetzung des Strafrechts verdient.

5.19 Zwangsmassnahmen

Die zulässigen Zwangsmassnahmen sind in der eidgenössischen Strafprozessordnung ausdrücklich zu nennen und jedenfalls in ihren Grundzügen zu regeln. Dabei sind die Vorgaben der Bundesverfassung und der EMRK besonders bedeutsam.

5.191 Allgemeine Regeln

Im Kapitel über Zwangsmassnahmen ist zunächst explizit der durch die Rechtsprechung entwickelte *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* zu betonen. Ebenso muss hervorgehoben werden, dass Zwangsmassnahmen schonend und unter Vermeidung unangemessener Strenge zu vollziehen sind.

Im Interesse der Klarheit ist zu regeln, wer *zur Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig* ist, nämlich:

- der Untersuchungsrichter in der Untersuchung,
- das Gericht oder dessen Präsident im gerichtlichen Verfahren,
- die Polizei in den gesetzlich vorgesehenen erwähnten Fällen.

Besonders wichtig ist, die Kompetenzen der Polizei für die Anordnung von Zwangsmassnahmen klar festzulegen.

5.192 Katalog der Zwangsmassnahmen

In einer eidgenössischen Strafprozessordnung sind die folgenden Zwangsmaßnahmen zu regeln:

- Vorladung und Vorführung (Ziff. 5.193)
- Anhaltung und Polizeihaft (Ziff. 5.194)
- Untersuchungshaft und Ersatzmassnahmen (Ziff. 5.195)
- Beschlagnahme (Ziff. 5.196)

- Durchsuchungen, psychiatrische Untersuchung und körperliche Eingriffe (Ziff. 5.197)
- Überwachungsmassnahmen (Ziff. 5.198)
- Weitere Zwangsmassnahmen (Ziff. 5.199)

5.193 Vorladung und Vorführung

5.193.1 Vorladung

Die Vorladung ist ein *Aufgebot* an eine Person, in einem Strafverfahren zu einer Einvernahme oder Verhandlung zu erscheinen. Jedermann ist verpflichtet, einer Vorladung zum persönlichen Erscheinen Folge zu leisten.

Die Vorladung hat *schriftlich* zu erfolgen; in dringenden Fällen ist sie auch in einer anderen Form zulässig.

Mögliche *Säumnisfolgen* sind die Vorführung, die Auflage von Verfahrenskosten sowie die Verhängung einer Ordnungsbusse.

Die Befugnis, Vorladungen zu erlassen, kommt auch der *Polizei* zu.

Ist die Adresse einer vorzuladenden Person nicht bekannt, kann sie zur Ermittlung des Aufenthaltsorts durch die Fernmeldeeinrichtungen und die Fahndungsanzeiger der Polizei *ausgeschrieben* werden.

5.193.2 Vorführung

Vorführung bedeutet, dass jemand polizeilich an seinem Aufenthaltsort abgeholt und der einvernehmenden Amtsstelle zugeführt wird.

Die Vorführung ist ohne Voranzeige *zulässig*, wenn die Voraussetzungen der Verhaftung (vgl. unten Ziff. 5.195) oder der polizeilichen Anhaltung (vgl. unten Ziff. 5.194.1) erfüllt sind. Sie kann auch angeordnet werden, wenn jemand ohne genügende Entschuldigung einer Vorladung nicht Folge leistet oder voraussichtlich nicht Folge leisten wird, ebenso, wenn das sofortige Erscheinen einer Person unerlässlich ist.

Die vorgeführte Person muss *unverzüglich* einvernommen und anschliessend wieder entlassen werden, es sei denn, die Voraussetzungen der Polizei- oder der Untersuchungshaft wären erfüllt.

Auch die Vorführung ist *schriftlich* anzuordnen; in dringenden Fällen sind andere Formen möglich.

Bei den polizeilichen Ermittlungen muss auch der Polizei ein selbständiges Vorführungsrecht zuerkannt werden. Wer es konkret ausüben kann, ist eine Frage der internen Polizeiorganisation.

5.194 Anhaltung und Polizeihaft

5.194.1 Anhaltung

■ *Anhaltung durch Privatpersonen*

Jedermann ist berechtigt, eine bei der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens erappte oder unmittelbar danach geflüchtete Person anzuhalten, sofern polizeiliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann; diese Befugnis besteht auch bei einer öffentlichen Aufforderung zur Anhaltung. Die angehaltene Person ist unverzüglich der Polizei zu übergeben.

■ *Polizeiliche Anhaltung*

Bei Verdacht auf eine strafbare Handlung ist die Polizei befugt, eine Person anzuhalten, ihre Identität festzustellen und abzuklären, ob nach ihr oder nach Fahrzeugen und anderen Sachen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird. Die Polizei kann ferner jede Person anhalten, die in ihrer Gegenwart eine strafbare Handlung verübt hat oder unmittelbar danach angetroffen wird. Ebenso können Personen angehalten werden, die aufgrund polizeilicher Wahrnehmung oder nach glaubwürdiger Mitteilung Dritter einer strafbaren Handlung verdächtig sind, sofern Gefahr in Verzug ist.

Eine angehaltene Person ist einem Polizeiposten zuzuführen, wenn die Abklärungen nicht an Ort und Stelle vorgenommen werden können. Nach Durchführung der nötigen Abklärungen ist sie sofort zu entlassen, sofern nicht die Voraussetzungen der Polizeihaft erfüllt sind.

5.194.2 Polizeihaft

Die Polizeihaft darf angeordnet werden, wenn, aufgrund der Ermittlungen und einer Befragung, die Voraussetzungen der Untersuchungshaft erfüllt sind. Sie dauert *höchstens 24 Stunden*. Zuständig für die Anordnung sind die nach der kantonalen Polizeiorganisation dafür vorgesehenen Polizeibeamten. Über die Polizeihaft ist ein *Rapport* zu erstellen. Verschiedene Bestimmungen über die Untersuchungshaft müssen sinngemäss Anwendung finden (z.B. Orientierung

der Angehörigen). Die hier vorgeschlagene Polizeihaft entspricht dem in vielen Kantonen geregelten Recht der Polizei, Verdächtige bis zu 24 Stunden festzuhalten.

Bei der ersten Einvernahme ist die in Polizeihaft genommene Person *über ihre Rechte zu belehren*. Sie hat das Recht, mit einem Verteidiger Kontakt aufzunehmen. Hingegen besteht kein Recht auf anwaltschaftliche Teilnahme an polizeilichen Einvernahmen; diese ist erst während der Untersuchung zulässig.

Die Komitees ⁹⁸, welche die Einhaltung des UNO-Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe ⁹⁹ sowie des entsprechenden europäischen Übereinkommens ¹⁰⁰ überwachen, gleichwie das Komitee für Menschenrechte der UNO bemängeln in ihren Stellungnahmen zur Lage in der Schweiz regelmässig das Fehlen des "*Anwalts der ersten Stunde*" in den schweizerischen Strafprozessgesetzen; sie postulieren mit Nachdruck die Einführung dieses Instituts.

Die Kommission befürwortet ausdrücklich geeignete Aufsichts- bzw. Schutzmassnahmen während der Polizeihaft. Solche können nicht nur Misshandlungen, sondern ebenso falschen oder übertriebenen Anschuldigungen gegen die Polizei vorbeugen. Die postulierte Anwesenheit eines Anwalts von allem Anfang der Polizeihaft an wäre allerdings für die Schweiz ein völliges Novum und mit erheblichem Aufwand verbunden.

Zu prüfen wäre daher auch ein Modell mit einer Ombudsperson, an welche die in Polizeihaft genommene Person gelangen oder die von sich aus polizeilichen Einvernahmen beiwohnen kann. Die bewährte Mitwirkung von Hilfswerk-Vertretern an den Befragung von Asylbewerbern geht bekanntlich in eine ähnliche Richtung. Eine sinnvolle, stark auf die Prävention ausgerichtete Lösung bietet im übrigen eine im Kanton Genf kürzlich eingeführte Regelung. Danach können die in Polizeihaft stehende Person und auch die Polizei selbst jederzeit während der Polizeihaft und bei deren Beendigung eine ärztliche Untersuchung verlangen.

Die Regelung des bernischen Strafverfahrens (Art. 208 Abs. 2 BE-StPO), wonach Tatverdächtige auch bei der polizeilichen Befragung auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam zu machen sind, ist in die eidgenössische Prozessordnung zu übernehmen.

⁹⁸ CAT bzw. CPT.

⁹⁹ SR 0.105.

¹⁰⁰ SR 0.106.

5.195 Untersuchungshaft

5.195.1 Haftgründe

Die Untersuchungshaft kann angeordnet werden, wenn ein dringender Tatverdacht bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens besteht sowie einer der folgenden klassischen Haftgründe vorliegt:

- *Fluchtgefahr* (Gefahr der Flucht, um sich dem Strafverfahren oder einer zu erwartenden Sanktion zu entziehen),
- *Verdunkelungs- oder Kollusionsgefahr* (Gefahr der Beeinflussung von Personen oder der Einwirkung auf Spuren oder Beweismittel),
- *Fortsetzungs- oder Ausführungsgefahr* (Gefahr der Begehung weiterer erheblicher Straftaten).

Zu erwägen sind *weitere Haftgründe*, namentlich derjenige der Gefährdung der öffentlichen Ordnung bei schweren Verbrechen.

5.195.2 Ersatzmassnahmen

Sind die Voraussetzungen der Untersuchungshaft erfüllt, können mildere Ersatzmassnahmen angeordnet werden, sofern sie genügen, um den mit der Untersuchungshaft angestrebten Zweck zu erreichen. Mögliche Ersatzmassnahmen sind die Sicherheitsleistung, die Schriftensperre, die Auflage, sich in bestimmten Abständen bei einer Amtsstelle zu melden, oder die Weisung, sich ärztlich behandeln zu lassen. Eine *Sicherheitsleistung* (Kautions) ist nach den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten und der Schwere der ihm vorgeworfenen Tat zu bemessen; sie verfällt bei schwerwiegender Verletzung der Pflichten durch den Beschuldigten.

5.195.3 Modalitäten der Verhaftung

Eine Verhaftung darf nur gestützt auf einen untersuchungsrichterlichen *Haftbefehl* vorgenommen werden; dieser hat den Haftgrund zu nennen und eine kurze Begründung zu enthalten.

Hat die betroffene Person in der Schweiz keinen bekannten Aufenthalt, ist sie zur *Verhaftung auszuschreiben*.

Die verhaftete Person ist *unverzüglich* dem Richter zuzuführen, der die Verhaftung angeordnet hat. Dieser hat spätestens *innen 24 Stunden seit der Zuführung* über die Fortsetzung der Haft zu entscheiden.

5.195.4 Notwendigkeit eines separaten Haftrichters?

Auf die Einführung eines separaten Haftrichters möchte die Kommission *verzichten*, da nach ihren Vorstellungen dem Untersuchungsrichter in einer künftigen eidgenössischen Strafprozessordnung ein *unabhängiger Status* verliehen wird.

Haftrichter sind oft nicht in der Lage, rasche Entscheide zu fällen, da sie vorher mit den betreffenden Verfahren nicht befasst waren. Die Institution des separaten Haftrichters führt so zu einer beträchtlichen Verfahrensverzögerung. Auch dass nach den Vorstellungen der Kommission die Anklage in Form einer Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichters erhoben werden soll (vgl. unten Kapitel 5.22, unter Ziff. 5.223.4), macht keinen Haftrichter erforderlich ¹⁰¹. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn die Rechtsprechung künftig als Haftrichter nur noch einen Magistraten zulassen würde, der völlig ausserhalb des Strafverfahrens steht und damit auch keinerlei Interesse an dessen Ausgang haben kann. In diesem Fall wäre in einer künftigen eidgenössischen Strafprozessordnung zwingend ein separater Haftrichter vorzusehen.

5.195.5 Fortsetzung der Untersuchungshaft

Vor dem Entscheid über die Fortsetzung der Haft ist der Beschuldigte über die ihm zur Last gelegten Tatsachen zu orientieren, namentlich soweit sie den dringenden Tatverdacht und die Haftgründe betreffen. Der Beschuldigte ist dazu *anzuhören*. Sofort greifbare Entlastungsbeweise müssen unverzüglich abgenommen werden, um allfällige Irrtümer rasch aufzuklären.

Der Entscheid über die Fortsetzung der Untersuchungshaft erfolgt schriftlich. Es sind darin die vorgeworfene Straftat und eine kurze Begründung der Notwendigkeit der getroffenen Zwangsmassnahme zu nennen. Der Beschuldigte ist über seine *Rechte zu belehren* (Befugnis, einen Verteidiger beizuziehen, die Aussage zu verweigern, Beschwerde zu erheben). Auf seinen Wunsch sind Bezugspersonen zu benachrichtigen, sofern es der Untersuchungszweck nicht zwingend verbietet.

¹⁰¹ Die Konstellation ist insbesondere nicht vergleichbar mit derjenigen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall Jutta Huber gegen die Schweiz zu beurteilen hatte. Dort wurde dem Zürcher Bezirksanwalt die Qualität eines Haftrichters gemäss Artikel 5 Ziffer 3 EMRK abgesprochen, weil der Bezirksanwalt später möglicherweise die Anklage vertreten, also als Gegenpartei des Beschuldigten auftreten könnte.

5.195.6 Haftbeschwerde und Haftüberprüfung

Der Verhaftete muss *Haftbeschwerde* an die innerkantonale zuständige Beschwerdeinstanz einreichen können. Diese hört den Beschwerdeführer in nicht-öffentlicher Verhandlung persönlich an, falls dies für die Beurteilung bedeutsam ist. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf Art. 5 Ziff. 4 EMRK, wonach jedermann, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen wird, das Recht hat, ein Verfahren zu beantragen, in dem von einem Gericht raschestmöglich über die Rechtmässigkeit der Haft entschieden und im Fall der Widerrechtlichkeit die Entlassung angeordnet wird. Diese Vorschrift verpflichtet das Gericht, über die Haftbeschwerde *innert kürzester Frist* zu befinden.

Nach einer Verhaftungsdauer von 30 Tagen hat eine *obligatorische Haftüberprüfung* stattzufinden. Zur gleichen Zeit muss dem Beschuldigten ein Verteidiger zugeordnet werden, wenn er noch keinen Anwalt hat (notwendige Verteidigung).

Beim Entscheid über die Haftprüfung soll die richterliche Instanz die Möglichkeit haben, eine kurze Frist für eine neue Prüfung der Haft festzulegen, falls sich dies sachlich aufdrängt; damit kann auf die Abkürzung der Untersuchungshaft hingewirkt werden.

Es ist sicherzustellen, dass auch bei eventuellen Überstellungen des Verhafteten in andere Kantone rechtzeitig die Haft überprüft wird ¹⁰².

5.195.7 Kontakte des Inhaftierten mit der Aussenwelt

Besuche von Untersuchungsgefangenen sind nur mit Bewilligung des Untersuchungsrichters möglich. Unterredungen haben grundsätzlich unter Aufsicht zu erfolgen, sofern nicht die unbeaufsichtigte Besprechung gestattet wird. Unterredungen haben grundsätzlich unter Aufsicht zu erfolgen.

Mit Ausnahme der Verteidigerkorrespondenz und von Schreiben an die Aufsichtsbehörde wird die *Postzustellung* durch den Untersuchungsrichter kontrolliert.

Es ist die Möglichkeit der *unbeaufsichtigten Besprechung mit dem Verteidiger* vorzusehen. Es soll aber auch möglich sein, den mündlichen Verkehr mit dem Verteidiger durch besondere Massnahmen (z.B. Trennscheibe oder optische Mittel) zu überwachen. Weitere Beschränkungen sind nur zulässig, wenn ein konkreter Verdacht auf einen Missbrauch besteht.

¹⁰² Vgl. Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 26. September 1997 i.S. R.M.D. gegen die Schweiz.

5.195.8 Weitere Modalitäten der Untersuchungshaft

Der Beschuldigte soll die Möglichkeit des *vorzeitigen Antritts von Strafen und Massnahmen haben*, wenn er es verlangt und der zuständige Verfahrensleiter zustimmt.

Die Untersuchungshaft muss *aufgehoben* werden, wenn der Haftgrund weggefallen ist. Gleiches gilt, wenn eine weitere Dauer der Haft im Hinblick auf die zu erwartende Sanktion unverhältnismässig wäre, die Untersuchung nicht genügend vorangetrieben wird oder anstelle des Freiheitsentzuges eine Ersatzmassnahme angeordnet werden kann.

Bei Ablehnung eines Haftentlassungsgesuchs besteht die Möglichkeit der *Haftbeschwerde*.

Die eidgenössische Strafprozessordnung hat auch eine Bestimmung über das *freie Geleit* zugunsten eines landesabwesenden Beschuldigten, Verurteilten, Zeugen oder einer Auskunftsperson vorzusehen.

5.196 Beschlagnahme

5.196.1 Allgemeine Voraussetzungen

Beschlagnahmt werden können Gegenstände und Vermögenswerte, die als Beweismittel dienen oder die vom Staat eingezogen bzw. diesem verfallen können.

Anstelle der Beschlagnahme tritt die *Edition*, ausser der Untersuchungszweck erfordere die Wegnahme ohne vorherige Aufforderung zur Herausgabe.

Die Polizei muss zur *vorläufigen Sicherstellung* von Gegenständen, die der Beschlagnahme unterliegen, befugt sein. Nach einer solchen Sicherstellung ist der Untersuchungsrichter unverzüglich zu benachrichtigen.

Die Beschlagnahme ist *schriftlich* anzuordnen und kurz zu begründen.

Über die beschlagnahmten Gegenstände ist ein *Verzeichnis* zu erstellen.

Die Beschlagnahme ist *aufzuheben*, wenn die Voraussetzungen entfallen sind. Der Entscheid über Einziehung und Verfall obliegt dem urteilenden Gericht.

5.196.2 Besondere Regeln für Schriftstücke, elektronische Daten und die Überwachung von Bankkonten

■ *Schriftstücke*

Bei Schriftstücken ist den Berechtigten Gelegenheit zu geben, sich zum Inhalt zu äussern. Das Amts- und Berufsgeheimnis sowie private Geheimnisse, die mit dem Verfahren nicht zusammenhängen, sind zu wahren. Zur Ausscheidung von Dokumenten mit geschützten Geheimnissen kann eine fachkundige Vertrauensperson (z.B. Kantonsarzt, Präsident der Aufsichtskommission für Rechtsanwälte) beigezogen werden, die wie ein Sachverständiger zu behandeln ist. Die Korrespondenz zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger darf nicht beschlagnahmt werden. Verboten muss auch die Beschlagnahme eigener Aufzeichnungen von Personen sein, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind. Im Streitfall hat eine Versiegelung zu erfolgen, und die Dokumente sind an die Beschwerdeinstanz zum Entscheid zu übermitteln.

■ *Elektronisch gespeicherte Daten*

Weil ein behördlicher Eingriff in Datensysteme und die Entnahme von Daten schwierig sein kann, ist bei der *Datenbeschlagnahme* zu prüfen, ob die traditionellen Beschlagnahmeregeln ausreichen oder ob dem Untersuchungsleiter die Befugnis gegeben werden muss, unter Strafandrohung die Übergabe computer-gestützter Informationen zu verlangen.

■ *Überwachung von Bankkonten*

Die prozessuale Massnahme der Überwachung von Bankkonten hat in jüngerer Zeit insbesondere bei der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität Bedeutung erlangt. Die Massnahme wird auf die in den Verfahrensgesetzen geregelten Zeugnis- und Akteneditionspflichten gestützt und ist zudem in einer 1996 zwischen der KKJPD und der Schweizerischen Bankiervereinigung abgeschlossenen Empfehlung vorgesehen. Hingegen enthalten derzeit weder die Prozessordnungen der Kantone noch diejenigen des Bundes irgendwelche Vorschriften, die die Kontoüberwachung ausdrücklich vorsehen würden. In die vereinheitlichte Strafprozessordnung ist daher eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Kontoüberwachung aufzunehmen.

5.197 Durchsuchungen, psychiatrische Begutachtung, körperliche Eingriffe

5.197.1 Hausdurchsuchung

■ Voraussetzungen und Form

Die Hausdurchsuchung ist zulässig, wenn Verdachtsgründe dafür vorliegen, dass

- sich eine gesuchte Person im betreffenden Haus aufhält,
- der Beschlagnahme unterliegende Gegenstände darin vorhanden sind,
- sich Spuren einer Straftat oder der Täterschaft darin vorfinden,
- darin strafbare Handlungen verübt werden (z.B. verbotene Glücksspiele oder eine Entführung).

Die Hausdurchsuchung ist *schriftlich* anzuordnen; in dringenden Fällen kann sie auch mündlich verfügt werden. Die mit der Hausdurchsuchung beauftragten Personen (namentlich die Polizei) haben ein Doppel des Durchsuchungsbefehls vorzuweisen.

■ Modalitäten

Die Polizei muss die Befugnis haben, eigenständig eine Hausdurchsuchung durchzuführen, wenn die Massnahme keinen Aufschub erträgt und schwere Verdachtsgründe bestehen (z.B. wenn ein Automobilist, der im Verdacht steht, angetrunken gefahren zu sein, in ein Haus flieht) oder wenn die berechtigte Person zustimmt.

Der Inhaber der durchsuchten Räumlichkeiten soll das Recht haben, der Durchsuchung beizuwohnen.

Über die Hausdurchsuchung ist ein Protokoll zu führen.

5.197.2 Durchsuchung von Personen, Fahrzeugen und Effekten

Solche Durchsuchungen sind zulässig, wenn nach den Umständen zu vermuten ist, dass auf diese Weise Tatspuren oder der Beschlagnahme unterliegende Gegenstände gefunden werden; sie können ferner gegenüber einer angehaltenen oder verhafteten Person vorgenommen werden.

Bei der Durchsuchung einer Person werden die von ihr getragenen Kleider sowie die Körperoberfläche kontrolliert. Die Untersuchung ist von einer Person gleichen Geschlechts oder von einem Arzt bzw. einer Ärztin vorzunehmen. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen Sicherheitsgründe eine sofortige Untersuchung gebieten.

Die Durchsuchung kann auch von der Polizei angeordnet werden, soweit dies zur Feststellung der Identität einer Person oder zum Schutz von Polizeiangehörigen oder Dritten erforderlich ist; das gilt ebenso wenn angenommen werden muss, dass eine Person Gegenstände verheimlicht, die mit der Begehung einer strafbaren Handlung in direktem Zusammenhang steht

5.197.3 Körperliche Untersuchung; psychiatrische Begutachtung; körperliche Eingriffe

Bei der körperlichen Untersuchung wird in die *körperliche Integrität* eingegriffen. Ein körperlicher Eingriff liegt etwa dann vor, wenn der Magen zwecks Suche nach verschluckten Gegenständen ausgepumpt wird oder Blut- und Urinproben erhoben werden.

Solche Eingriffe sind *zulässig*, wenn sie zur Feststellung des Sachverhalts oder zur Abklärung der Zurechnungsfähigkeit, der Verhandlungs- oder Hafterstehungsfähigkeit oder der Massnahmenbedürftigkeit einer Person notwendig sind.

Bei einer *nicht beschuldigten Person* darf eine solche Untersuchung gegen ihren Willen nur dann erfolgen, wenn wichtige Tatsachen nicht auf andere Weise erstellt werden können.

Solche Eingriffe sind durch einen Arzt oder andere Medizinalpersonen durchzuführen

Wird ein Beschuldigter zur Beobachtung in eine *psychiatrische Klinik* eingewiesen, so gilt für die gerichtliche Überprüfung des Freiheitsentzuges das gleiche Verfahren wie bei Untersuchungshaft.

Bei Dringlichkeit sowie in gesetzlich besonders geregelten Fällen soll auch die *Polizei* eine solche Massnahme anordnen können.

5.198 Überwachungsmassnahmen

■ Stark harmonisiertes geltendes Recht

Artikel 179octies StGB erklärt Verletzungen der persönlichen Geheimsphäre durch Überwachung des *Post- und Fernmeldeverkehrs* sowie durch den Einsatz von *technischen Überwachungsgeräten* straflos, wenn die Genehmigung des

zuständigen Richters eingeholt wird. Anfang der achtziger Jahre haben alle Kantone ihre Regelungen dieser Zwangsmassnahmen dem neuen Bundesrecht angepasst ¹⁰³; die Bestimmungen über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sind somit schon relativ stark harmonisiert.

■ **Neue bundesweite Regelung in Sicht**

Aufgrund mehrerer parlamentarischer Vorstösse wird den eidgenössischen Räten demnächst der Entwurf eines Gesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs unterbreitet. Dieser Erlass trifft mit Blick auf den liberalisierten Post- und Fernmeldeverkehr ¹⁰⁴ eine einheitliche Lösung für Bund und Kantone. Diese gesetzliche Regelung kann als schon vereinheitlichter Baustein in die neue Strafprozessordnung übernommen werden.

Als geheime Ermittlungsmassnahme, die tief in die Geheimsphäre von verdächtigen und unbescholtenen Personen eingreift, bedürfen die Überwachungen einer relativ detaillierten gesetzlichen Regelung. Anstelle der Beschwerdemöglichkeit, die gegen andere Zwangsmassnahmen besteht, tritt die Pflicht des anordnenden Richters, die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit der Massnahme von einer *übergeordneten richterlichen Instanz genehmigen* zu lassen.

■ **Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs**

Die Überwachung ist nicht bei allen, sondern nur bei ausgewählten schweren Straftaten zulässig und soll nur angeordnet werden, wenn andere Ermittlungen erfolglos oder nicht erfolgversprechend sind. Eine besondere Regelung muss zum Schutz von Personen getroffen werden, deren Post oder Fernmeldeübertragungen in der Überwachung überprüft werden und sich als nicht verfahrensrelevant erweisen. Diese Informationen dürfen den Parteien nicht bekanntgegeben werden. Ebenfalls eine Sonderregelung muss für den Schutz von Berufsgeheimnissen getroffen werden ¹⁰⁵.

¹⁰³ Siehe Artikel 400bis StGB, der nach Erlass des Bundesgesetzes über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre die Kantone verpflichtete, binnen drei Jahren ihre Rechtsgrundlagen anzupassen.

¹⁰⁴ Postgesetz vom 27. April 1997 (PG, AS 1997, 2452, SR 783.0) und Fernmeldegesetz vom 27. April 1997 (FMG, AS 1997 2187, SR 784.10). Im Postgesetz ist die Überwachung nicht mehr geregelt, im FMG nur durch eine rudimentäre Bestimmung in Artikel 44; dafür ist durch Artikel 321ter StGB die Verletzung des Post- und Fernmeldeergebnisses unter Strafe gestellt, wobei für die amtliche Überwachung auf den Rechtfertigungsgrund von Artikel 179octies StGB verwiesen wird.

¹⁰⁵ Der Bund und die meisten Kantone lassen die Überwachung von Berufsgeheimnisträgern zu, wenn diese selber verdächtigt werden oder wenn verdächtigte Drittpersonen ihren Anschluss benützen; einige Kantone verbieten auch im letzteren Fall die Überwachung (NW, AI, VS, GE).

■ *Einsatz technischer Überwachungsgeräte*

Für den Einsatz technischer Überwachungsgeräte ¹⁰⁶ gilt in den meisten Kantonen dieselbe Regelung wie für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Vier Kantone haben gar keine Regelung ¹⁰⁷, und der Aargau kennt lediglich eine Kompetenzbestimmung ¹⁰⁸. Es muss geprüft werden, ob der Einsatz der technischen Überwachungsgeräte in der neuen Strafprozessordnung nicht besonders zu regeln ist, weil damit sogar erheblich tiefer in die persönliche Geheimsphäre eingedrungen werden kann als durch Fernmeldeüberwachungen ¹⁰⁹.

5.199 Weitere Zwangsmassnahmen

Für die *erkennungsdienstlichen Massnahmen*, die *DNA-Analyse*, die *polizeiliche Observation* und die *verdeckte Ermittlung* wird auf die Ausführungen in Kapitel 5.21 (Polizeiliche Ermittlungen, unter Ziff. 5.212.3) verwiesen

Einzelfragen zum Thema *Leichenschau*, Obduktion, Exhumierung und Aufschub der Bestattung sollten in einer separaten Vorschrift ausdrücklich geregelt werden.

¹⁰⁶ Darunter werden fast durchwegs nur die Geräte verstanden, welche die nach Art. 179bis ff StGB geschützten Geheimbereiche betreffen (Schutz vor Bild- und Tonaufnahmen); es gibt indessen zahlreiche technische Geräte, die andere Äusserungen der persönlichen Freiheit erforschen, z.B. Geräte, die den Standort und die Bewegungen einer Person feststellen lassen.

¹⁰⁷ Zug, Glarus, Graubünden und Waadt.

¹⁰⁸ Folglich gelten die Minimalanforderungen, die in Art. 179octies StGB enthalten sind.

¹⁰⁹ Vgl. die Diskussionen in Deutschland über den sog. Grossen Lauschangriff

5.21 Die polizeilichen Ermittlungen ¹¹⁰

Auch die Phase der polizeilichen Ermittlungen ist soweit möglich zu regeln. Dies gilt namentlich auch für die polizeilichen Eingriffskompetenzen. Die polizeilichen Ermittlungen sollen unter der Aufsicht des Untersuchungsrichters stehen, wobei aber die Schnittstelle zwischen selbständiger polizeilicher Tätigkeit und polizeilicher Hilfestellung für den Untersuchungsrichter nicht immer einfach zu ziehen ist.

5.211 Ausgangslage

5.211.1 Die Polizei als wichtiger Akteur der Strafverfolgung

Die Polizei leistet einen wesentlichen Beitrag zur Erforschung von Straftaten. In vielen Bereichen ist eine wirksame Strafverfolgung ohne polizeiliche Unterstützung undenkbar. Bei der Erarbeitung einer Strafprozessordnung müssen deshalb die Aufgaben der Polizei einbezogen werden.

Die Kantone haben es zwar in der Hand, mit ihrer Ressourcenpolitik die Gewichte zwischen der Polizei und den übrigen Strafverfolgungsbehörden zu verschieben. Je mehr Magistraten in einem Kanton tätig sind, desto stärker kann die Justiz auf das Verfahren Einfluss nehmen. Aber auch bei quantitativ völlig ausreichender Ausstattung der Justizbehörden können diese nicht auf die Polizei verzichten. Die Polizei verfügt über Mittel zur Erforschung der Wahrheit, die der Justiz fehlen. Zu denken ist hier etwa an die Kriminaltechnik, an die Observation oder an den internationalen Datenaustausch.

Aus rechtsstaatlichen Gründen wird zum Teil verlangt, dass die polizeiliche Phase sich in engen Grenzen halte. Trotzdem wird man die hervorragende Rolle der Polizei in vielen Bereichen der Strafverfolgung nicht bestreiten können. Die Kommission zieht es deshalb vor, die Rolle der Polizei im Strafverfahren so klar als möglich zu umschreiben, statt sich der Illusion hinzugeben, die Kriminalpolizei sei ausschliesslich ein Organ zur Ausführung untersuchungsrichterlicher Aufträge.

¹¹⁰ Teilweise Übersetzung aus dem Französischen.

5.211.2 Das kantonale Polizeirecht

Auch wenn die Polizei eine wichtige Rolle bei der Verbrechensbekämpfung spielt, so ist dies doch bei weitem nicht ihre einzige Funktion. Insbesondere erfüllt die Polizei vielfach sicherheitspolizeiliche Aufgaben, die selbstverständlich nicht Gegenstand der Strafprozessordnung sein können.

Neuere *kantonale Polizeigesetze* regeln im einzelnen die polizeilichen Eingriffskompetenzen in die Grundrechte des Bürgers. Diese Eingriffe dienen nicht nur kriminalpolizeilichen, sondern auch sicherheitspolizeilichen Zwecken. So sind zum Beispiel Massnahmen der Identifizierung auch in Fällen zu treffen, in denen keine Straftat zur Diskussion steht, etwa bei Unfalltoten oder urteilsunfähig aufgefundenen Personen. Polizeiliche Festnahmen dienen nicht nur der Strafverfolgung, sondern auch dem Schutz der Allgemeinheit vor Personen, die wegen vorübergehender geistiger Verwirrung eine Gefahr darstellen.

Der eidgenössische Strafprozessgesetzgeber muss sich dieser Schnittstelle bewusst sein und sich für ein Konzept entscheiden. Er könnte theoretisch die polizeilichen Massnahmen ganz dem kantonalen Recht überlassen; damit würde er aber einen wichtigen Teil des Strafverfahrens uneinheitlich belassen, was dem Ziel einer einheitlichen Strafprozessordnung widerspricht. Er könnte auch versuchen, die Regeln über die Eingriffskompetenzen abschliessend zu kodifizieren und diese den Kantonen auch für sicherheitspolizeiliche Zwecke zur Verfügung zu stellen oder gar vorzuschreiben.

Die Kommission schlägt ein anderes Konzept vor. Sie möchte in der eidgenössischen Strafprozessordnung den *Standard eines kriminalpolizeilichen Instrumentariums* umschreiben.

5.211.3 Selbständige und unselbständige polizeiliche Ermittlungen

Soweit die Polizei *im konkreten Auftrag eines Magistraten* ("unselbständig") Ermittlungshandlungen durchführt, ist ihre Tätigkeit rechtlich unproblematisch. Hier hat der Magistrat die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit seines Auftrages und damit auch der polizeilichen Ermittlungshandlungen zu verantworten. Die rechtsstaatlichen Sicherungen sind diejenigen des richterlichen Verfahrens.

Kritischer ist die Rechtslage dort, wo die *Polizei selbständig ermittelt*. Die Öffentlichkeit erfährt immer wieder Vorwürfe gegen die Polizei, wonach Polizeibeamte rechtlich fragwürdige Mittel eingesetzt haben sollen. Kolportiert werden etwa haltlose Versprechungen zur Erreichung eines Geständnisses, oder Drohungen mit dem gleichen Zweck; die Rede ist von der Einvernahme zeugnisverweigerungsberechtigter Personen ohne entsprechende Rechtsbelehrung oder von un-

nötigen Personendurchsuchungen. Ohne diese Vorwürfe im einzelnen bewerten zu wollen, ist doch festzustellen, dass es bei den selbständigen Handlungen der Polizei mehr Raum für solche Vorfälle gibt als bei Erfüllung von richterlichen Aufträgen durch die Polizei.

Dennoch ist die gelegentlich gehörte Forderung, der Kriminalpolizei überhaupt keine eigenen Ermittlungszuständigkeiten zuzugestehen, unrealistisch. Die Entstehung und Verdichtung eines Tatverdachts ist ein ständiger Prozess, und es gibt keine scharf definierte Grenze zwischen sicherheits- und kriminalpolizeilicher Tätigkeit. Die Polizei muss das Recht haben, Ermittlungen soweit selbständig voranzutreiben, bis sie sich über das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts im klaren ist.

Die eigentlich heikle Frage ist nicht, *ob* die Polizei selbständig ermitteln kann. Vielmehr gilt es zu versuchen, die *Grenzen* selbständiger Ermittlungstätigkeit abzustecken und zu verhindern, dass diese Ermittlungstätigkeit völlig ausufert. Dabei kann nicht erwartet werden, dass eine eidgenössische Strafprozessordnung die Schnittstelle trennscharf regeln und damit jahrzehntelange Diskussionen mit einem Federstrich beenden kann. Insbesondere wird sie nicht sagen können, wie viele Stunden, Tage oder Wochen eine polizeiliche Ermittlung dauern dürfe; zu unterschiedlich ist die Ausgangslage je nach Art und Schwere des Deliktes, Entwicklung der Verdachtslage und Eingriffsschwere. Im Grunde genommen können nur wenige Konstellationen genannt werden, in denen der Untersuchungsrichter klarerweise die Verantwortung zu übernehmen hat (vgl. nachstehend Ziffer 5.212.4). Im übrigen muss durch die Praxis eine pragmatische Grenzziehung getroffen werden.

5.212 Die selbständigen polizeilichen Ermittlungen

5.212.1 Nutzen und Ziel selbständiger polizeilicher Ermittlungen

Die selbständigen polizeilichen Ermittlungen gehen der Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens durch den Untersuchungsrichter *voraus*. Sie werden nicht formell eröffnet. Sie dienen dem Untersuchungsrichter als Grundlage für den ersten Entscheid nach Eingang der polizeilichen Anzeige (Eröffnung oder Nichteröffnung des gerichtlichen Verfahrens; Anwendung des Opportunitätsprinzips).

Die Ermittlungen dienen dazu, das *Bestehen von Straftaten* festzustellen, den *Täter zu ermitteln* und *nach ihm zu fahnden*. Dazu gehört insbesondere auch die Sicherung von Tatspuren und Beweismitteln.

5.212.2 Der Beginn selbständiger polizeilicher Ermittlungen

Sobald ein Beamter der gerichtlichen Polizei in Ausübung seines Amtes von einer strafbaren Handlung oder von Verdachtsmomenten für das Vorliegen einer solchen Kenntnis erhält, nimmt er die polizeilichen Ermittlungen auf. Anlass für die Aufnahme von Ermittlungen sind insbesondere Anzeigen, Strafklagen (Strafanträge) und eigene Feststellungen der Polizei. Eines förmlichen Entscheides bedarf es für die Aufnahme von Ermittlungen nicht.

■ **Anzeigen**

Wer immer von einer strafbaren Handlung Kenntnis erhält oder wer sich durch eine solche Handlung für geschädigt hält, ist *berechtigt*, sie der Polizei anzuzeigen. Die *Polizei ist verpflichtet*, die Anzeige *entgegenzunehmen* und, wenn sie mündlich erstattet wird, zu Protokoll zu nehmen.

Gewisse Kategorien von Personen sind *anzeigepflichtig*. Dies gilt vorerst für die Angehörigen der Strafjustiz selbst, doch sind auch andere Behörden verpflichtet, Tatsachen, die auf ein von Amtes wegen zu verfolgendes Verbrechen oder Vergehen schliessen lassen und von denen sie in Ausübung ihrer Tätigkeit erfahren haben, zu melden (vgl. heute etwa Art. 11 des Konkordates über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen¹¹¹). Dazu kommen Anzeigepflichten aus der Spezialgesetzgebung, wie etwa derjenigen über die Medizinalberufe.

■ **Strafanträge**

Bezüglich Straftaten, die nur auf Antrag verfolgt werden, nimmt die Polizei Ermittlungen auf, wenn der Verletzte eine entsprechende Erklärung abgibt oder abgeben lässt (vgl. Art. 28 StGB). Der Strafantrag kann schriftlich oder mündlich gestellt werden; im zweiten Fall ist er zu protokollieren.

■ **Eigene Feststellungen**

Vielfach stellt die Polizei selbst Verdachtsgründe fest, etwa bei besonderen Fahndungsaktionen, anlässlich von Verkehrskontrollen, bei Abklärungen in kriminogenen Milieus oder auch aus blosser Zufall. Auch solche Feststellungen führen regelmässig zur Aufnahme weiterer polizeilicher Ermittlungen.

¹¹¹ SR 351.71

5.212.3 Die Ermittlungshandlungen

■ *Im allgemeinen*

Im Rahmen polizeilicher Ermittlungen verfügen die Polizeikräfte über zahlreiche Mittel, die denjenigen des Untersuchungsrichters nahekommen. Sie sind - unter Vorbehalt entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen - berechtigt, alle für die Ermittlung nützlichen Abklärungen und Feststellungen zu treffen und alle Massnahmen zu ergreifen, um den Sachverhalt zu ermitteln.

Ähnlich wie im Untersuchungsverfahren gibt es keinen abschliessenden Katalog der polizeilichen Ermittlungshandlungen. In der Folge sollen einige typisch polizeiliche Massnahmen sowie die Besonderheiten der polizeilichen Befragung beschrieben werden. Bezüglich weiterer polizeilicher Kompetenzen sei auf Kapitel 5.19 verwiesen, wo die Voraussetzungen der polizeilichen Anordnung von normalerweise nur dem Richter zustehenden Zwangsmassnahmen (Haft, Beschlagnahme, Durchsuchungen und dergleichen) dargestellt sind. Einzelne Überschneidungen sind allerdings unvermeidlich.

■ *Identifikationsmassnahmen*

Tatverdächtige Personen können von der Polizei - nötigenfalls unter Zwang - Identifizierungsmassnahmen, wie Fotografieren oder Fingerabdruckabnahme, unterzogen werden, um ihre Identität oder ihre Täterschaft festzustellen¹¹².

Die Polizei darf derartige Identifizierungsmassnahmen anwenden gegenüber Personen, die verdächtigt werden, ein Verbrechen oder Vergehen begangen zu haben, gegenüber verhafteten Personen, ja sogar gegenüber jeder anderen Person, wenn dies zur Tatbestandsabklärung erforderlich ist und die Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt.

Wer solchen Massnahmen unterzogen wurde, hat das Recht, in den Polizeiakten die ihn persönlich betreffenden Aufzeichnungen einzusehen¹¹³ und, sofern kein Tatverdacht mehr besteht, die Vernichtung der fraglichen Aktenteile zu verlangen¹¹⁴.

¹¹² Es sind dies die häufigsten Massnahmen. Eine Person kann aber noch weiteren derartigen Massnahmen unterzogen werden; sie kann beispielsweise verpflichtet werden, Schriftproben zu liefern oder ihre Stimme aufzeichnen zu lassen (AUBERT, Les interventions de la police en droit genevois, Genf 1985, S. 17; SCHMID, Rz. 732.

¹¹³ BGE 113 Ia 1 und 257.

¹¹⁴ BGE 109 Ia 146, E. 2b.

■ DNA-Analyse

Sowie mittels der Daktyloskopie die Identität einer Person aufgrund ihres Fingerabdrucks festgestellt werden kann, vermögen biologische Spuren (Spuren von Blut, Speichel, Sperma, Haaren usw.) im Strafverfahren wichtige materielle Indizien zu liefern. Die DNA-Moleküle (Desoxyribonuklein-Säure), die in jedem menschlichen Zellkern vorkommen, enthalten den "Code" unserer gesamten Erbsubstanz. Durch Vergleich von Länge und Struktur der verschiedenen DNA-Segmente können Sachverständige bestimmen, ob die am Tatort oder bei einem Opfer erhobenen DNA-Proben mit der DNA eines Verdächtigen übereinstimmen. Diese Analyse gibt an sich keinerlei Auskunft über die Erbmasse der betreffenden Person.

Nach Artikel 24novies Absatz 1 litera f BV darf das Erbgut einer Person nur mit ihrer Zustimmung oder aufgrund gesetzlicher Anordnung untersucht, registriert oder offenbart werden. Gestützt auf diese Vorschrift bereitet eine Expertenkommission zurzeit einen Gesetzesentwurf vor, der die Voraussetzungen festlegt, unter denen die Untersuchung menschlichen Erbgutes in verschiedenen Bereichen (Medizin, Arbeit, Versicherung, Haftpflicht, Vaterschaft, Strafprozess) zulässig sein soll.

Das künftige Gesetz soll bestimmen, wann die Techniken der Genom-Analyse angewendet werden können, ohne gegen die Menschenwürde und den Persönlichkeitsschutz zu verstossen. Nach dem Vorentwurf kann die Polizei eine Genom-Analyse anordnen, um anonyme Tatortspuren oder bei dringend Tatverdächtigen erhobene Proben zu identifizieren (wodurch ebenfalls das Geschlecht einer Person festgestellt werden darf, nicht aber Informationen über die Gesundheit oder andere persönliche Eigenschaften).

Eine Analyse zu Identifikationszwecken bei Drittpersonen kann nur mit deren ausdrücklichen Zustimmung erfolgen oder aber auf richterliche Anordnung, wenn nur so eine wichtige Tatsache ermittelt werden kann. Der Richter kann eine Genom-Analyse anonymer Spuren anordnen, um andere genetische Daten zu bestimmen, falls diese erforderlich sind, um den Täter eines schweren Delikts zu identifizieren (Erbkrankheiten oder weitere persönliche Charakteristika, wie Augen-, Haut- oder Haarfarbe ¹¹⁵).

Der Vorentwurf bestimmt, dass die Proben vom Labor aufbewahrt werden. Sobald sie für die Strafuntersuchung nicht mehr benötigt werden, spätestens aber, wenn das letztinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden ist, müssen sie auf Verfügung der Behörde, die die Untersuchung angeordnet hat, vernichtet werden. Die schriftlichen Angaben zum Erbgut ihrerseits bilden einen Teil der Akten und unterstehen den allgemeinen verfahrensrechtlichen Regeln über die Aufbewahrung von Aktenstücken. Der Vorentwurf äussert sich zur Frage eines DNA-Regi-

¹¹⁵ Derartige Untersuchungen sind freilich nach dem heutigen Stand der Wissenschaft noch nicht möglich.

sters nicht, behält aber die Vorschriften von Bund und Kantonen vor. Die Schaffung eines solchen Registers auf Bundesebene wird derzeit geprüft.

Die Expertenkommission "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts" schliesst sich den im Vorentwurf für ein Genom-Analyse-Gesetz festgehaltenen Grundsätzen an. Auch für sie ist die DNA-Analyse im wesentlichen ein polizeiliches Mittel.

■ **Polizeiliche Überwachung**

Bestehen ernsthafte Gründe zur Annahme, dass ein Verbrechen oder Vergehen begangen wurde oder geplant wird, kann die Polizei die der Mitwirkung verdächtigen Personen und ihre Fahrzeuge überwachen und alle einschlägigen Informationen aufzeichnen. Zu diesen Massnahmen gehört insbesondere auch die sogenannte „Observation“.

Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Sinne der Artikel 179^{bis} ff StGB kann nur von der Untersuchungsbehörde angeordnet werden (vgl. dazu oben Kapitel 5.19, Ziff. 5.198).

■ **Einsatz verdeckter Ermittler**

Seit einigen Jahren werden vermehrt zur Bekämpfung von verbotenen zweiseitigen Geschäften, insbesondere beim Handel mit Drogen, verdeckte Ermittler eingesetzt. Es handelt sich um Polizeibeamte, die für längere Zeit mit einer Legende (andere Identität) ausgestattet werden und das kriminelle Milieu infiltrieren, um Beweise zu sammeln oder den Zugriff in flagranti zu ermöglichen.

Die verdeckte Ermittlung ist ein polizeiliches Instrument, das indessen weitreichende Auswirkungen auf den Strafprozess zeitigt: Der verdeckte Ermittler muss so geführt werden, dass er weder Straftaten begeht noch provoziert. Er darf nur an einen vorhandenen Tatentschluss anknüpfend dessen Konkretisierung mitverfolgen¹¹⁶. Während der Strafuntersuchung und in der Hauptverhandlung muss ein verdeckter Ermittler, durch geeignete Zeugenschutzmassnahmen vor der Identifizierung bewahrt werden, soweit öffentliche Interessen dies gebieten.

Da der verdeckte Ermittler Polizeibeamter ist und Straftaten, die er in Erfüllung seines Dienstes wahrnimmt, anzeigen muss, gilt grundsätzlich kein Verwertungsverbot für Zufallsfunde; für geringfügige Delikte ist die Anzeigepflicht zu lockern, weil mit jeder Anzeige auch eine gewisse Gefahr der Enttarnung verbunden sein kann.

Sobald der verdeckte Ermittlung für die Aufklärung konkreter Straftaten eingesetzt wird, muss der Untersuchungsrichter in die Verantwortung einbezogen werden.

¹¹⁶ Das Bundesgericht verlangt ausdrücklich, dass der Einsatz verhältnismässig sein müsse; BGE 112 Ia 23 E.4a

■ **Polizeiliche Befragungen**

Im Laufe der Ermittlungen kann jedermann (Geschädigter, Anzeiger, „Zeuge“ oder Verdächtiger) polizeilich befragt werden; es reicht aus, dass er über Informationen verfügen kann, die zur Aufklärung einer Straftat von Bedeutung sind.

Die Polizei kann jemanden vorladen; falls die vorgeladene Person ohne zureichende Gründe nicht erscheint, kann ein dazu speziell berechtigter Polizeibeamter sie vorführen lassen.

Auch bei den polizeilichen Einvernahmen sind die für Einvernahmen durch richterliche Behörden geltenden Vorschriften zu beachten. Insbesondere sind Drohungen oder haltlose Versprechungen verboten. Beschuldigte sind vor ihrer Befragung auf die ihnen zustehenden Rechte, insbesondere auf das Schweigerecht, aufmerksam zu machen.

Eine formelle Zeugeneinvernahme unter Wahrheitspflicht und Straffolgen nach Art. 307 StGB ist in dieser Phase nicht vorzusehen. Trotzdem hat die Polizei Zeugnisverweigerungsrechte zu beachten; sie muss Auskunftspersonen, die vor dem Untersuchungsrichter ein solches Recht geltend machen könnten, entsprechend belehren.

5.212.4 Abschluss der selbständigen polizeilichen Ermittlungen

Die Polizei hat von Amtes wegen die ihr zugegangenen Strafanträge und Strafanzeigen sowie die von ihr erstellten Rapporte und Protokolle der Strafverfolgungsbehörde zu übermitteln, damit diese entscheiden kann, ob ein Strafverfahren zu eröffnen ist oder nicht.

Die heikle Frage ist der *Zeitpunkt* dieser Übermittlung. Wie lange darf die Kriminalpolizei autonom arbeiten, ohne den Untersuchungsrichter zu orientieren? Die heutige Praxis in den Kantonen ist selbst dort, wo die rechtlichen Voraussetzungen sich gleichen, sehr unterschiedlich. Das ist weiter nicht erstaunlich, hängt ja die Aufgabenteilung zwischen Polizei und Untersuchungsrichter nicht nur vom Gesetzestext, sondern massgeblich auch von der Ausstattung der Behörden ab.

Die Kommission sieht sich nicht in der Lage, die Schnittstelle bis ins einzelne zu regeln. Eine vernünftige Praxis wird sich an der Art und der Schwere des Deliktes und der Betroffenheit der implizierten Personen orientieren. Sie wird insbesondere darauf achten, die Verteidigungsrechte nicht durch übermässig lange polizeiliche Ermittlungen zu blockieren. Jedenfalls hat es der Untersuchungsrichter in der Hand, in seinem Zuständigkeitsbereich ein Ausufern der polizeilichen Ermittlungen zu verhindern.

In drei Konstellationen endet die Zuständigkeit der Polizei zur Durchführung selbständiger Ermittlungen automatisch. Es sind dies:

■ **Mitteilung bestimmter Delikte an die zuständige Behörde**

Wird eine Straftat von einer gewissen Schwere verübt (Verbrechen, das mit einer Zuchthausstrafe von bestimmter Dauer bedroht ist), hat die Polizei den Untersuchungsrichter unverzüglich in Kenntnis zu setzen, damit dieser die sich aufdrängenden Sofortmassnahmen ergreifen kann. Die weiteren Ermittlungen erfolgen unter der Verantwortung des Untersuchungsrichters.

■ **Anordnung richterlicher Zwangsmassnahmen**

Ordnet der Untersuchungsrichter – von sich aus oder auf Antrag der Polizei – Zwangsmassnahmen an, so hat er damit das Untersuchungsverfahren eröffnet und nun die Verantwortung zu übernehmen. Auch in diesem Falle erfolgen allfällige weitere Ermittlungen der Polizei im Auftrag des Untersuchungsrichters.

■ **Übernahme eines Falles von Amtes wegen**

Die richterliche Behörde kann einen Fall von Amtes wegen an sich ziehen, unabhängig davon, in welchem Stadium sich das Verfahren befindet. Damit sind die selbständigen polizeilichen Ermittlungen beendet.

5.213 Polizeiliche Ermittlungen im Auftrag der Justizbehörden

Der Untersuchungsrichter und die Gerichte können die Polizei mit Ermittlungshandlungen aller Art betrauen. Diesfalls handelt die Polizei im konkreten *Auftrag* (*commission rogatoire*) der Justiz.

Um zu vermeiden, dass das Verfahren seinen gerichtlichen Charakter verliert, was die Verteidigungsrechte und die persönliche Freiheit stark beeinträchtigen könnte, muss den Parteien und ihren Vertretern das Recht eingeräumt werden, bei der Erfüllung solcher Aufträge durch die Polizei mitzuwirken¹¹⁷.

Bei der Erteilung von Ermittlungsaufträgen an die Polizei durch die Untersuchungsbehörden stellen sich zwei *Grundsatzfragen*.

Zum einen fragt sich, ob die Gerichtsbehörde der Polizei die Einvernahme von Beschuldigten delegieren kann oder ob dies den Magistraten vorbehalten bleiben muss. Die Kommission ist der Meinung, die Delegation von Befragungen an die Polizei sollte die Ausnahme sein und sich allenfalls auf Einzelheiten bei Seriendelikten und dergleichen beschränken. Grundsätzlich aber ist die Befragung

¹¹⁷ In diesem Sinn OBERHOLZER, S. 52; SCHMID, Rz. 494 und 782.

des Beschuldigten nach Eröffnung der richterlichen Untersuchung Sache des Untersuchungsrichters.

Die zweite Frage betrifft die Erteilung sogenannter "genereller" Ermittlungsaufträge. Neuere Prozessordnungen¹¹⁸ untersagen generelle Ermittlungsaufträge an die Polizei, um zu vermeiden, dass die richterliche Untersuchung, wenn sie einmal eröffnet ist, doch noch von der Polizei bestimmt wird und damit ihren gerichtlichen Charakter verliert. Derartige Delegationen kommen meistens eigentlichen "Blankoaufträgen" gleich und damit einer Kompetenzübertragung vom Richter an die Polizei, was einen Konflikt mit den Verteidigungsrechten schafft¹¹⁹. Diese Form von Aufträgen an die Polizei sollte deshalb untersagt werden.

5.214 Die Aufsicht über das polizeiliche Vorgehen

Wer von einer polizeilichen Aktion oder Massnahme betroffen ist, kann sich beim Untersuchungsrichter schriftlich wegen damit verbundener Rechtsverletzungen beschweren.

Der Entscheid der richterlichen Behörde kann bei einer gerichtlichen Kollegialbehörde angefochten werden.

Neben dem Instrument der Beschwerde ist zusätzlich auf die Dienstaufsicht der meist streng hierarchisch gegliederten Polizei hinzuweisen sowie auf den Umstand, dass allfällige strukturelle Schwächen der polizeilichen Ermittlung dem Untersuchungsrichter nicht nur auf Beschwerde hin bekannt werden, sondern auch im Rahmen der polizeilichen Rapportierung über die Ermittlungen.

¹¹⁸ Zum Beispiel erlaubt Art. 238 BE-StPO der Untersuchungsbehörde, der Polizei den Auftrag "zur Abklärung einzelner Sachverhalte" zu erteilen. Artikel 212 Abs. 2 JU-StPO verlangt, dass die *commission rogatoire* den erteilten Auftrag präzise fassen muss. Siehe auch SCHMID, Rz. 786, S. 237 zur ZH-StPO.

¹¹⁹ In einem gegen Unbekannt geführten Verfahren ist der Untersuchungsrichter befugt, verschiedene Ermittlungshandlungen anzuordnen, um die Täterschaft zu ermitteln, so etwa die Einvernahme von Zeugen. Es ist zu beachten, dass er in solchem Fall den Ermittlungsauftrag nicht näher zu umschreiben braucht.

5.22 Die richterliche Untersuchung ¹²⁰

Kann der Untersuchungsrichter nicht bereits aufgrund der polizeilichen oder privaten Anzeige einen materiellen Entscheid fällen, so eröffnet er eine Untersuchung. Nach Beendigung dieser Untersuchung hat er drei Optionen: Erlass eines Strafbefehls, Einstellung des Verfahrens, Überweisung an das Gericht. Diese Überweisung ist rekursfähig; daraus ergibt sich ein fakultative Anklagezulassungsverfahren.

5.221 Die Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens (*ouverture de l'action publique*)

5.221.1 Prüfung von Strafanzeigen und -anträgen

Nach Eingang von Strafanzeigen und -anträgen prüft der Untersuchungsrichter, ob der darin beschriebene Sachverhalt einen Straftatbestand erfüllen könnte und ob die Voraussetzungen für die Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens gegeben sind.

Wenn der mitgeteilte Sachverhalt es ihm nicht erlaubt, einen fundierten Entscheid zu treffen, so kann er ergänzende polizeiliche Ermittlungen anordnen.

Andernfalls entscheidet er über Eröffnung oder Nichteröffnung des gerichtlichen Verfahrens.

5.221.2 Mögliche Entscheide

■ ***Nichtanhandnahme (classement) und Sistierung (suspension)***

Erscheint der mitgeteilte oder angezeigte Sachverhalt nicht strafbar, sind die Voraussetzungen für eine Strafverfolgung nicht erfüllt oder ist diese nicht opportun, verfügt der Untersuchungsrichter die *Nichtanhandnahme* der Sache (Ent-

¹²⁰ Teilweise Übersetzung aus dem Französischen.

scheid, der Anzeige oder dem Strafantrag keine Folge zu geben bzw. das gerichtliche Verfahren nicht zu eröffnen) oder aber die Sistierung des Verfahrens, so beispielsweise, wenn der Täter unbekannt oder flüchtig ist.

Demnach kann der Untersuchungsrichter die Nichtanhandnahme bzw. Sistierung namentlich dann verfügen,

- wenn kein strafbares Verhalten vorliegt;
- wenn eine gesetzliche Voraussetzung für die Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens nicht erfüllt ist;
- wenn die Strafverfolgung nicht opportun erscheint oder der Täter unbekannt oder flüchtig ist.

Die Verfügung ist, mit einer kurzen Begründung versehen, den Parteien zu *eröffnen*.

Gegen Nichtanhandnahme-Verfügungen des Untersuchungsrichters können die Parteien *Beschwerde* erheben.

■ **Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens**

Kommt der Untersuchungsrichter zum Schluss, dass die materiellen und formellen Voraussetzungen der Strafverfolgung erfüllt sind und erscheint diese zudem opportun, eröffnet er das gerichtliche Verfahren. Dazu stehen ihm drei Möglichkeiten offen:

- die Untersuchung;
- der Erlass eines Strafbefehls;
- die direkte Überweisung an das Gericht (*renvoi direct*). Ähnlich wie heute in einigen Kantonen (z.B. Bern und Jura), soll in Fällen, in denen der Erlass einer Strafverfügung nicht möglich ist, eine richterliche (Vor-)Untersuchung aber entbehrlich scheint, eine direkte Überweisung möglich sein.

Verfügungen über die Eröffnung einer Untersuchung sind nicht zu eröffnen, und es steht kein Rechtsmittel dagegen offen. Für die Eröffnung und Anfechtung von Straf- und Überweisungsverfügungen gelten die gleichen Regeln, wie wenn diese Verfügungen am Ende der Untersuchung getroffen werden.

5.222 Die Untersuchung

5.222.1 Zweck der Untersuchung

In der Untersuchung sollen grundsätzlich alle Tat- und Rechtsfragen weitgehend geklärt werden¹²¹. Da im Hauptverfahren nicht volle Unmittelbarkeit herrschen soll, ist eine sorgfältige und umfassende Beweisabnahme in der richterlichen Untersuchung von entscheidender Bedeutung. Mindestens aber muss die Untersuchung soweit reichen, dass Untersuchungsrichter und Staatsanwalt aufgrund ihres Ergebnisses darüber entscheiden können, ob Anklage zu erheben ist oder nicht.

5.222.2 Charakter des Untersuchungsverfahrens

Unter dem Einfluss von Lehre und Rechtsprechung¹²² haben neuere oder neu-lich revidierte Prozessordnungen¹²³ den Parteien und ihren Vertretern weitgehende Akteneinsichts- und Mitwirkungsrechte zugestanden. Die Parteirechte in der Untersuchung sind also stark geprägt von einer liberalen Strömung; diese durchzieht die Entwicklung des modernen Strafverfahrens und strebt namentlich eine merkliche Verbesserung und eine zunehmende Anerkennung der Verteidigungsrechte im Vorverfahren an. Die Untersuchung ist zwar bisher ein schriftliches Verfahren geblieben, doch geht ihr der kontradiktorische Charakter nicht mehr ab¹²⁴, und sie ist auch nicht mehr geheim, jedenfalls nicht gegenüber den Parteien.

In Anbetracht der Tendenz zu beschränkter Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, in welcher nur die Beweise erhoben werden sollen, die einen erheblichen Einfluss auf den Schuldspruch oder auf die Sanktion haben können, müssen die Parteien von Anfang an in dieser entscheidenden, zunehmend wichtigeren Verfahrensphase an mitwirken können, denn das darin gesammelte Material wird zum Angelpunkt des Hauptverhandlung.

Somit soll, ausser in Ausnahmefällen (etwa bei konkreter Gefahr eines Missbrauchs), die Untersuchung gegenüber dem Beschuldigten von Anfang an *nicht mehr geheim* sein. Diesem soll ferner das *Recht auf einen Verteidiger* zuerkannt werden, welcher in die Akten Einblick nehmen, frei mit seinem Mandanten ver-

¹²¹ Vgl. HAUSER/SCHWERI, S. 326, Rz. 1.

¹²² Siehe namentlich PIQUEREZ, Rz. 1925ff und dortige Hinweise.

¹²³ Namentlich diejenigen der Kantone Bern und Jura, aber auch jene von Genf und Zürich.

¹²⁴ Dies wegen des Akteneinsichts- und Mitwirkungsrechts der Parteien (Parteiöffentlichkeit)

kehren und den verschiedenen Untersuchungshandlungen beiwohnen können sollte. Die gleichen Rechte sollen dem Staatsanwalt und dem Geschädigten (in der Terminologie der Kommission: dem Privatkläger) gewährt werden, Letzterem aber nur auf formellen Antrag.

5.222.3 Durchführung der Untersuchungshandlungen

■ **Ermittlungen durch den Untersuchungsrichter selbst**

Der Untersuchungsrichter führt grundsätzlich alle zur Wahrheitsfindung erforderlichen Untersuchungshandlungen persönlich durch.

■ **Ermittlungen durch Hilfskräfte, namentlich die Polizei**

Der Untersuchungsrichter ist befugt, die Durchführung bestimmter Ermittlungshandlungen an andere Personen (Magistraten, Gerichtsschreiber, Polizeibeamte) mittels entsprechender *Aufträge (commission rogatoire)* zu delegieren.

Die *systematische Delegation* von Untersuchungshandlungen an die gerichtliche Polizei durch generelle Aufträge und die Delegation der Einvernahme des Beschuldigten sind grundsätzlich untersagt. Die Einvernahme des Beschuldigten ist somit in aller Regel einem Untersuchungsrichter vorbehalten (vgl. oben Kapitel 5.21, Ziff. 5.213).

5.222.4 Einvernahme des Beschuldigten

■ **Formalitäten der ersten Einvernahme**

Am Anfang der ersten Einvernahme muss der Untersuchungsrichter, noch bevor er den Verdächtigen zur Sache befragt, diesen über die gegen ihn erhobenen Vorhaltungen in Kenntnis setzen. Zu diesem Zweck eröffnet er ihm, dass gegen ihn ein Strafverfahren geführt wird und welche Straftaten ihm zur Last gelegt werden.

Anschliessend muss der Untersuchungsrichter den Beschuldigten über seine *Verteidigungsrechte* aufklären. Um ein faires Verfahren zu gewährleisten, muss der Richter den Beschuldigten auf die folgenden Rechte hinweisen:

- Recht zu schweigen und keine Aussagen zu machen;
- Recht, einen privaten Verteidiger seiner Wahl zu bestimmen oder sich einen amtlichen Verteidiger bestellen zu lassen;
- Recht auf notwendige Verteidigung;

- Recht, sich, nötigenfalls mit Hilfe eines Dolmetschers, in seiner gewohnten Sprache auszudrücken;
- Recht des verhafteten Beschuldigten, jederzeit die Haftentlassung zu verlangen;
- Recht auf freien Verkehr mit dem Verteidiger.

Es sind dies die *grundlegenden Verteidigungsrechte*; sie werden von der Mehrzahl der modernen Strafprozessordnungen sowie durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze garantiert.

■ **Gegenstand der Einvernahmen**

Nach Abschluss der einleitenden Formalitäten hinsichtlich der Verteidigungsrechte fordert der Untersuchungsrichter den Beschuldigten auf, sich zu dem ihm angelasteten Sachverhalt zu äussern. Seine Erklärungen dazu sind zu protokollieren. Dasselbe gilt bei den der ersten Einvernahme folgenden weiteren Befragungen.

Die Einvernahmen sind so zu führen, dass belastende und entlastende Momente zum Ausdruck kommen. Der Beschuldigte ist aufzufordern, Beweismittel anzugeben, welche seine Aussage stützen. Der Beschuldigte ist ausserdem über sein Vorleben und seine persönlichen Verhältnisse zu befragen.

Die Parteien sind befugt, den Einvernahmen beizuwohnen und Fragen zu beantworten.

5.222.5 Rechtsmittel gegen Entscheide des Untersuchungsrichters

Entscheide über Beweisanträge der Parteien, über die Akteneinsicht oder die Teilnahme an Untersuchungshandlungen, über die Sistierung der Untersuchung sowie über die Bewilligung oder Ablehnung bestimmter Untersuchungshandlungen können mit einer Beschwerde (vgl. unten Kapitel 5.26) angefochten werden.

Zur Beschwerde legitimiert sind der Beschuldigte, der Staatsanwalt und der Geschädigte.

5.222.6 Abschluss der Untersuchung und Schlusseinvernahme

Wenn der Untersuchungsrichter die Untersuchung als vollständig erachtet, erlässt er eine abschliessende Mitteilung (*avis de clôture*). Sie wird den Parteien eröffnet und enthält die Vorstellungen des Untersuchungsrichters über das weitere Vorgehen im Verfahren. Die Parteien können nun die Beweiserhebung beanstanden, ihre Bemerkungen zum Ausgang des Verfahrens anbringen und Ergänzungen der Untersuchung beantragen.

Auf Wunsch kann sich der Beschuldigte mündlich zum Ergebnis der Untersuchung äussern (Schlusseinvernahme). Der Untersuchungsrichter kann auch von sich aus eine solche Einvernahme durchführen.

5.223 Entscheid über das weitere Verfahren

5.223.1 Die verschiedenen Möglichkeiten

Am Ende der Untersuchung hat der Untersuchungsrichter nur die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten: entweder er entscheidet, dass zur weiteren Verfolgung der Sache kein Anlass besteht (provisorische oder definitive *Einstellung*), oder er hält das Belastungsmaterial für ausreichend. In diesem Fall überweist er die Sache dem Gericht zur Beurteilung (*Überweisungsverfügung*) oder erlässt er einen *Strafbefehl*.

5.223.2 Einstellung

■ *Provisorische Einstellung*

Kommt der Untersuchungsrichter zum Schluss, es liege noch zu wenig Belastendes gegen den Beschuldigten vor, oder ist dieser flüchtig oder unbekannt, fehlt ein Strafantrag nach Artikel 28 StGB oder eine Verfolgungsermächtigung oder wurde die diplomatische Immunität nicht aufgehoben, so kann er die *provisorische Einstellung* verfügen. Diese erlaubt, das Verfahren wiederaufzunehmen, wenn sich die Umstände ändern (beispielsweise wenn die diplomatische Immunität aufgehoben oder innerhalb der gesetzlichen Frist ein Strafantrag eingereicht wird).

Die provisorische Einstellung zeitigt mithin keine Rechtskraftwirkung.

■ **Definitive Einstellung**

Falls der in der Untersuchung festgestellte Sachverhalt keinen Straftatbestand erfüllt oder wenn ein absoluter Strafausschliessungsgrund vorliegt, wie etwa der Eintritt der Verfolgungsverjährung, das Vorliegen einer bereits abgeurteilten Sache, eine Amnestie, ein förmliches Verfolgungsverbot, Verspätung oder Rückzug des Strafantrages, Zurechnungsunfähigkeit oder Tod des Beschuldigten, so verfügt die zuständige Behörde die *definitive Einstellung*. Diesem Entscheid kommt Rechtskraftwirkung zu; er steht einer späteren Strafverfolgung für denselben Sachverhalt entgegen.

■ **Rechtsmittel gegen eine Einstellungsverfügung**

Gegen eine provisorische oder definitive Einstellung können die Parteien rekurren.

Beschwerdelegitimiert sind auch die anderen Verfahrensbeteiligten, aber nur insofern sie durch den Entscheid betroffen sind (beispielsweise wenn ihnen die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt wurden).

5.223.3 Strafbefehl

Sind die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls erfüllt, macht der Untersuchungsrichter von diesem vereinfachten Verfahren Gebrauch (vgl. dazu unten Kapitel 5.25, Ziff. 5.253).

5.223.4 Überweisung an das Gericht

■ **Voraussetzungen und Form**

Ist die Sache genügend abgeklärt, liegen hinreichende Belastungsgründe gegen den Beschuldigten vor und kann die verfolgte Tat nicht Gegenstand einer Strafverfügung bilden, so bereitet der Untersuchungsrichter die Überweisung des Beschuldigten an das Gericht vor.

Die Überweisungsverfügung bezeichnet den Beschuldigten, die Privatklägerschaft und den dem Beschuldigten zur Last gelegten Sachverhalt; ausserdem nennt sie den Zeitpunkt der Verübung der Straftat, nötigenfalls die Art der Ausführung sowie die anwendbaren Gesetzesbestimmungen und das Gericht, dem die Sache überwiesen wird.

■ ***Einfluss der Staatsanwaltschaft auf die Überweisungsverfügung***

Eine äusserst heikle Frage ist, in welcher Form der Staatsanwalt Einfluss auf die Überweisungsverfügung nimmt.

Einerseits würde die Waffengleichheit dafür sprechen, dass der Staatsanwalt genau wie der Beschuldigte nur durch Anfechtung der Überweisungsverfügung bei einem Gericht (Anklagekammer) Einfluss nehmen kann. Andererseits kann es kaum sein, dass regelmässig der Untersuchungsrichter dem Staatsanwalt vorschreibt, welche Anklage dieser später vor Gericht zu vertreten habe, und dass dieser sich nur gerade auf dem Beschwerdeweg gegen ihm zugemutete Anklagen wehren kann. Die Kommission gibt einem Kompromiss den Vorzug, der sich am bernischen Strafverfahren orientiert, ohne allerdings die Unabhängigkeit des Untersuchungsrichters in Frage zu stellen.

Gemäss diesem Kompromiss überweist der Untersuchungsrichter die Akten samt seiner Überweisungsverfügung an die Staatsanwaltschaft, welche entweder zustimmt oder Anträge, zum Beispiel auf Beweisergänzungen oder auf andere Qualifikation des Tatbestandes, stellt. Im Falle der Zustimmung erfolgt ohne weiteres die Übermittlung an das Gericht. Allfällige Anträge des Staatsanwaltes werden vom Untersuchungsrichter geprüft. Er gibt ihnen statt oder nicht und eröffnet den Parteien in der Folge die – allenfalls teilweise neugefasste - Verfügung. Auf diese Art und Weise kann der Staatsanwalt in Kenntnis des Inhaltes der vorgesehenen Überweisung noch Einfluss nehmen und so falsche, unvollständige oder übermässige Anklagen verhindern helfen, ohne dafür in jedem Fall die Anklagekammer bemühen zu müssen.

■ ***Rechtsmittel gegen die Überweisungsverfügung***

Die Überweisungsverfügung umschreibt den Gegenstand des Hauptverfahrens und hat die Wirkungen einer *Anklageschrift*. Angesichts ihrer Bedeutung für die Parteien und für das künftige Gerichtsverfahren liegt es auf der Hand, dass sie durch die Parteien angefochten werden kann (Beschwerde an die Anklagekammer).

5.23 Hauptverfahren

Für die Beweisaufnahme ist im Interesse einer rationellen Prozessführung die beschränkte Unmittelbarkeit vorzusehen. Die für die Kollegialgerichte konzipierten Regeln über das Hauptverfahren in der einheitlichen Strafprozessordnung gelten analog für Einzelrichter.

5.231 Vorbereitung der Hauptverhandlung

5.231.1 Aufgaben des Präsidenten

Der Präsident des zuständigen Gerichts bereitet die Hauptverhandlung vor. Er hat alle erforderlichen Anordnungen zu treffen, namentlich den Parteien Frist für allfällige Beweisanträge zu setzen und festzulegen, welche Beweise an der Hauptverhandlung abzunehmen sind. Vorbehalten bleibt das Recht des Gerichts, von Amtes wegen oder auf Antrag andere Beschlüsse zu fassen.

Dem Präsidenten des Gerichts muss auch die Befugnis zustehen, die Akten zur Ergänzung an den Untersuchungsrichter zurückzuweisen. Es setzt Zeit und Ort der Hauptverhandlung fest und ordnet die Vorladungen an. Er kann die Akten beim Gericht vor der Hauptverhandlung zirkulieren lassen (vgl. dazu unten Ziff. 5.233.2). Bis zu Beginn der Hauptverhandlung kann er die Weiterführung bzw. Aufhebung von Zwangsmassnahmen anordnen; während der Hauptverhandlung steht dieses Recht dem Gericht zu.

5.231.2 Vorsorgliche Beweisaufnahme

Wenn die Erhebung eines Beweises in der Hauptverhandlung voraussichtlich nicht möglich ist (z.B. weil ein Zeuge dringend ins Ausland verreisen muss), sollte der Präsident vorgängig eine Beweisaufnahme durchführen oder durch ein Mitglied des Gerichts oder auf dem Weg der Rechtshilfe vornehmen lassen können. Die Parteien müssen diesfalls Gelegenheit erhalten, an der Beweisaufnahme teilzunehmen.

Für komplizierte Fälle ist die Möglichkeit der Durchführung einer *Vorbereitungsverhandlung* nach dem Vorbild der Neuenburger und der neuen Freiburger Strafprozessordnung zu erwägen. An einer solchen Verhandlung wird der Ablauf des Verfahrens vorbesprochen ¹²⁵.

5.232 Wichtige Einzelfragen

5.232.1 Verfahrensleitung

Die Hauptverhandlung wird bei Kollegialgerichten vom *Präsidenten* geleitet.

5.232.2 Besetzung des Gerichts

Das Gericht hat Verhandlung, Beratung und Abstimmung *in der gleichen Besetzung* durchzuführen. Muss ein Richter ersetzt werden, kann, mit dem Einverständnis der Parteien, auf die Wiederholung der bisherigen Verfahrensabschnitte verzichtet werden. In komplexen, langdauernden Fällen können ein oder mehrere *Ersatzrichter* eingesetzt werden, die von Anfang an den Verhandlungen beiwohnen, damit sich beim Ausfall eines Richters Wiederholungen erübrigen.

Ausstandsfragen sind grundsätzlich Sache der kantonalen Gerichtsorganisationsgesetze. Artikel 10 des Opferhilfegesetzes, wonach Opfer von Sexualdelikten verlangen können, dass dem urteilenden Gericht wenigstens eine Person des gleichen Geschlechts angehört, ist in die eidgenössische Strafprozessordnung zu integrieren.

5.232.3 Einheit der Hauptverhandlung

Die Hauptverhandlung soll fortlaufend durchgeführt und nicht ohne zwingende Gründe unterbrochen werden. In der Regel findet die Urteilsberatung unmittelbar nach den Parteivorträgen statt.

¹²⁵ NE-StPO Art 192, 193ff; FR-StPO Art. 171.

5.232.4 Grundsatz der Öffentlichkeit

Die Hauptverhandlung muss, mit Ausnahme von Beratung und Abstimmung, *öffentlich* sein.

Ein *Ausschluss der Öffentlichkeit* ist bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung und bei schutzwürdigen Interessen von Prozessbeteiligten vorzusehen. Die einschlägigen Sonderregeln des Opferhilfegesetzes sind in die eidgenössische Strafprozessordnung zu integrieren. Zu regeln ist die Frage, ob trotz Ausschluss der Öffentlichkeit allenfalls Personen mit berechtigten Interessen an der Verhandlung teilnehmen dürfen (Vertrauenspersonen, eventuell Medienvertreter) ¹²⁶.

5.232.5 Bild- und Tonaufnahmen

Bild- und Tonaufnahmen sowie Rundfunkübertragungen *während den Verhandlungen* sind unzulässig. Dagegen sollen Aufnahmen über das Randgeschehen im Gerichtssaal und in dessen Umkreis nicht völlig ausgeschlossen werden. Dem Präsidenten des Gerichts ist die Befugnis einzuräumen, Bild- und Tonaufnahmen im Gerichtssaal und innerhalb des Gerichtsgebäudes je nach Bedeutung des Falles zuzulassen oder zu untersagen.

5.232.6 Zweiteilung der Hauptverhandlung (Schuld- bzw. Tatinterlokt)

Es ist die Möglichkeit zu erwägen, zum Schutz der Persönlichkeit des Beschuldigten zunächst über die Frage, ob dieser das Delikt begangen hat, separat zu verhandeln. Diesfalls werden die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten nur im Fall eines Schuldspruchs zum Gegenstand der Verhandlung gemacht.

Dies hat den Vorteil, dass im Fall eines Freispruchs nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* nicht beispielsweise über die Ergebnisse eines psychiatrischen Gutachtens, das intime Einzelheiten erörtert, verhandelt werden muss. Aber selbst im Fall eines Schuldspruchs - also wenn erstellt ist, dass der Beschuldigte die Tat begangen hat - ist es bei diesem Vorgehen möglich, die Öffentlichkeit im zweiten Teil des Verfahrens mit Rücksicht auf den Persönlichkeitsschutz von der Verhandlung auszuschliessen. Der Vorentscheid über die Schuldfrage muss unverzüglich eröffnet werden. Er kann nur angefochten werden, wenn er einen Endentscheid bildet. Andernfalls ist in einer zweiten Phase über die Sanktionie-

¹²⁶ Zum Ausschluss der Öffentlichkeit siehe auch oben Kapitel 5.17, Ziffer 5.171.3 (Sitzungspolizei).

rung und die Strafzumessung zu entscheiden. Mehrere Prozessordnungen kennen derartige Regeln ¹²⁷.

5.232.7 Anwesenheit der Parteien

■ *Beschuldigter und Staatsanwalt*

Der *Beschuldigte* hat persönlich an der Hauptverhandlung zu erscheinen. Der Präsident des Gerichts kann ihn vom persönlichen Erscheinen auf Gesuch hin dispensieren, wenn seine Anwesenheit nicht erforderlich ist.

Es sind in der neuen Prozessordnung die Fälle zu bezeichnen, in denen die *Staatsanwaltschaft* obligatorisch an der Verhandlung teilzunehmen hat. Nach Meinung der Kommission ist dies dann der Fall, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 5 Jahren zu erwarten ist. In allen anderen Fällen soll es der Staatsanwaltschaft freistehen, an den Verhandlungen teilzunehmen. Wenn sie vorgeladen zu werden wünscht, muss sie dies dem Präsidenten des Gerichts rechtzeitig bekanntgeben.

Der Staatsanwaltschaft soll ausnahmsweise *schriftliche Anträge* stellen und diese kurz begründen können, wenn sie auf eine Teilnahme verzichtet.

■ *Privatkläger*

Dem Privatkläger, der bis zu diesem Zeitpunkt als Partei dem Verfahren beigetreten ist, ist eine Vorladung zuzustellen. Das Erscheinen ist ihm jedoch freigestellt, sofern er nicht als Zeuge oder Auskunftsperson benötigt wird. Beabsichtigt er jedoch, im Strafpunkt Antrag zu stellen, muss er an der Verhandlung teilnehmen; andernfalls verliert er das Recht, das Urteil im Strafpunkt anzufechten. Auf diese Rechtsfolge muss er in der Vorladung hingewiesen werden.

Allenfalls könnte man dies auch für Geschädigte gelten lassen, die lediglich Zivilansprüche erheben. Da es jedoch Geschädigte gibt, die einen liquiden Ersatzanspruch haben, ist ihre obligatorische Teilnahme nicht unabdingbar. Es wäre zudem unverhältnismässig, einen Zivilkläger, der nur wegen *eines* Delikts (neben sehr vielen anderen) auftritt, während der ganzen, möglicherweise sehr langen Verfahrensdauer zur Teilnahme zu verhalten.

¹²⁷ Vgl. AR-StPO Art. 173, SH-StPO Art. 267, FR-StPO Art. 168, BE-StPO Art. 294, ZH-StPO Art. 250.

5.233 Verfahrensablauf

5.233.1 Vorfragen und Ergänzungsbegehren

Die Parteien haben zu Beginn der Hauptverhandlung die Möglichkeit, die Behandlung von *Vorfragen* zu beantragen. Solche Vorfragen betreffen etwa die Verjährung, das Verbot der Doppelverfolgung, die Zuständigkeit und die Besetzung des Gerichts, das Vorliegen von Ausstandsgründen, den Ausschluss der Öffentlichkeit und die Zweiteilung des Verfahrens, die Ergänzung der Akten und des Beweisverfahrens.

Liegt ein verfahrensrechtliches Hindernis vor (z.B. fehlende Zuständigkeit oder Eintritt der Verjährung), darf das Gericht auf den Fall nicht eintreten. Es muss aber den Entscheid über die Vorfrage mit dem Entscheid in der Hauptsache verbinden können.

5.233.2 Beweisverfahren

■ *Beschränkte Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*

Die Verhandlung soll dem Gericht die Grundlage für sein Urteil bieten; am *Grundsatz der Unmittelbarkeit* ist somit festzuhalten. Doch sind vertretbare Einschränkungen zugunsten einer rationellen Prozessführung vorzusehen. Die Kommission plädiert deshalb für eine *beschränkte Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*. Dies entspricht dem neueren Trend der Prozessrechtsentwicklung in der Schweiz.

Protokolle der Einvernahme von Zeugen oder Auskunftspersonen aus der Untersuchung oder einer vorsorglichen Beweisaufnahme sollen als Beweise verwendet werden dürfen, wenn eine unmittelbare Befragung in der Hauptverhandlung nicht möglich ist oder die Aussagen nicht bestritten sind. Solche Protokolle können auch als Beweise verwendet werden, wenn der Beschuldigte während der Voruntersuchung an die einvernommenen Zeugen und Auskunftspersonen Fragen stellen konnte, sofern diese Protokolle dem Gericht ausreichend und zuverlässig erscheinen.

Dies führt dazu, dass *keine generelle Pflicht zur Verlesung von Akten* besteht, sofern Gericht und Parteien vollständige Aktenkenntnis haben. Die Kommission befürwortet deshalb, dass bei einem Kollegialgericht in der Regel vor der Hauptverhandlung eine *Aktenzirkulation* stattfindet.

■ *Präsidialverhör*

Die Kommission befürwortet das *Präsidialverhör* (im Gegensatz zum Kreuzverhör): Der Präsident des Gerichts befragt den Angeklagten zur Person und zur Sache und führt die weiteren Beweisaufnahmen. Erst anschliessend erhalten die Mitglieder des Gerichts und die Parteien Gelegenheit, Ergänzungsfragen zu beantragen.

Die Parteien sollen die Möglichkeit haben, bis zum Schluss des Beweisverfahrens weitere Beweismassnahmen zu beantragen.

5.233.3 Ausdehnung des Verfahrens und Abweichung in der rechtlichen Beurteilung

Ergeben sich in der Hauptverhandlung erhebliche Verdachtsgründe, dass der Beschuldigte eine Straftat begangen hat, die *nicht Gegenstand der Überweisung* bildet, muss die Überweisungsverfügung grundsätzlich geändert werden. In einfachen Fällen reicht es aber, den Beschuldigten über die beabsichtigte Abweichung von der Überweisungsverfügung zu belehren und ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Dies gilt namentlich dann, wenn das Gericht eine *andere (mildere oder schärfere) rechtliche Würdigung* vornimmt oder Umstände einbezieht, die in der Überweisungsverfügung nicht enthalten waren. Weicht die Beurteilung des Gerichts stark von der Überweisungsverfügung ab, ist dem Beschuldigten genügend Zeit für eine entsprechend angepasste Verteidigung einzuräumen ¹²⁸.

5.233.4 Parteivorträge

Die Parteivorträge werden nach Abschluss des Beweisverfahrens gehalten, üblicherweise in der Reihenfolge Staatsanwalt - Geschädigter - Beschuldiger. Den Parteien soll ein zweiter Vortrag gestattet werden können. Der Geschädigte ist nicht befugt, sich zum Strafmass und zur Frage des bedingten Strafvollzugs zu äussern.

Im Anschluss an die Parteivorträge ist dem Beschuldigten Gelegenheit zu einem kurzen *Schlusswort* zu geben.

¹²⁸ HAUSER/SCHWERI, S. 249, Rz. 13.

5.234 Urteilsberatung und -eröffnung

5.234.1 Urteilsberatung

Gegenstand von Beratung und Abstimmung bildet die Anklage bzw. Überweisungsverfügung, welche die Funktion einer Anklage hat (vgl. oben Kapitel 5.22, Ziffer 5.223.4). Tritt ein Strafbefehl an die Stelle der Überweisung, bildet er die Anklage. Der Präsident legt die zu behandelnden Fragen fest und stellt sie zur Diskussion. Jeder Richter ist verpflichtet, Stellung zu nehmen und bei der Abstimmung seine Stimme abzugeben. Die Entscheide werden mit der Mehrheit der Stimmen gefällt. Der Gerichtsschreiber hat beratende Stimme.

Das Gericht soll auch die *Wiedereröffnung der Verhandlung* beschliessen können, falls eine Ergänzung der Beweisaufnahme und allenfalls eine Ausdehnung der Untersuchung notwendig erscheint.

5.234.2 Urteilseröffnung

■ **Ablauf**

Der Präsident eröffnet das Urteil durch Verlesen des Dispositivs. Er kann anschliessend kurze mündliche Erläuterungen dazu abgeben. Die Urteilseröffnung ist öffentlich.

Nach der Urteilseröffnung steht es in der Befugnis des Präsidenten, gegebenenfalls die Anordnung, Fortdauer oder Aufhebung der Untersuchungshaft oder einer Ersatzmassnahme zu verfügen.

Den Parteien und die anderen durch den Entscheid unmittelbar in ihren Rechten Betroffenen wird das Urteilsdispositiv im Anschluss an die mündliche Eröffnung schriftlich mitgeteilt. Ist die Zustellung an den Beschuldigten auf andere Weise nicht möglich, wird das Urteilsdispositiv im Amtsblatt veröffentlicht.

■ **Inhalt des Urteilsdispositivs**

Das Urteilsdispositiv weist folgenden Inhalt auf:

- Bezeichnung des *urteilenden Gerichts* sowie Angabe über Ort und Tag der Verhandlung,
- Bezeichnung der *Parteien*,
- Feststellung der begangenen Straftaten des Beschuldigten bzw. die Entscheidung darüber, ob der Sache keine Folge gegeben oder auf sie nicht einge-

treten wird (z.B. im Fall der Verjährung oder bei fehlender örtlicher Zuständigkeit),

- Angabe der ausgesprochenen *Strafe oder Massnahme* sowie Entscheid über die Anrechnung der Untersuchungshaft,
- Entscheid über *Nebenpunkte* (privatrechtliche Ansprüche, Massnahmen nach Art. 57 ff. StGB und über Kosten- und Entschädigungsfolgen),
- Bezeichnung der angewendeten *gesetzlichen Bestimmungen*,
- Rechtsmittelbelehrung,
- *Unterschrift* des Präsidenten und des Gerichtsschreibers,
- Bezeichnung von Personen und Amtsstellen, denen das Urteil *zugestellt* oder mitgeteilt wird.

5.234.3 Vollständige Urteilsausfertigung

Eine vollständige Ausfertigung des Urteils mit den Erwägungen wird den Parteien sowie allfälligen weiteren Betroffenen zugestellt.

Im Interesse eines rationellen Verfahrens ist in Fällen, in denen eine Strafe von weniger als einem Jahr Freiheitsentzug ausgefällt wird, die Möglichkeit vorzusehen, *auf eine Motivierung des Urteils zu verzichten*, ausser wenn eine Partei dies binnen 10 Tagen nach Zustellung des Dispositivs verlangt oder ein Rechtsmittel ergreift.

5.24 Zivilklage ¹²⁹

Der durch eine Straftat Geschädigte soll sich im Strafverfahren als Zivilpartei konstituieren können. Die Vorschriften des Opferhilfegesetzes über die Ausübung der Zivilansprüche sollen in die eidgenössische Strafprozessordnung aufgenommen werden.

5.241 Allgemeines

5.241.1 Mitwirkungsrechte des Verletzten

Die geltenden Strafprozessordnungen erlauben dem Verletzten, unter drei Titeln im Strafverfahren aufzutreten: als Antragsteller, als Privatstraftkläger und als Zivilpartei ¹³⁰.

Die Begehung einer Straftat löst im allgemeinen zwei Verfahren aus: eines im öffentlichen Interesse (Strafverfahren), das andere im privaten Interesse (Zivil- oder Adhäsionsverfahren). In früheren Zeiten stand das Recht, die Strafverfolgung in Gang zu setzen, ausschliesslich dem Tatopfer und seinen Angehörigen zu; dies erklärt, warum heute noch das Opfer, durch Stellung eines *Strafantrages*, bei Straftaten, die nicht von Amtes wegen verfolgt werden, selbständig das Strafverfahren auslösen und als *Privatstraftkläger* gemeinsam mit dem Staatsanwalt im Verfahren auftreten kann.

Das Opfer kann also entweder auf Ersatz des Schadens klagen, den es durch eine Straftat erlitten hat (*Zivilpartei*) oder sich vor Gericht für die strafrechtliche Verurteilung des Täters einsetzen (*Privatklägerschaft*).

5.241.2 Begriff, Definition und Voraussetzungen der Zivilklage

Die Zivil- oder Adhäsionsklage (*action civile*) bezweckt, den durch eine Straftat entstandenen Schaden einzufordern. Diese Klage setzt voraus, dass die Straftat dem Opfer einen materiellen oder immateriellen Schaden zugefügt hat.

¹²⁹ Übersetzung aus dem Französischen

¹³⁰ HAUSER/SCHWERI, S. 129; PIQUEREZ, Rz. 1614.

Nur die natürliche oder juristische Person, die in ihren Rechtsgütern *unmittelbar* durch eine strafbare Handlung verletzt wurde, kann sich also als Zivilpartei konstituieren, um die Wiedergutmachung des ihr durch die Straftat erwachsenen Schadens zu verlangen. Der Schaden muss überdies *persönlich, direkt, gegenwärtig und feststehend* sein, andernfalls die Zivilklage nicht im Strafverfahren behandelt werden kann ¹³¹.

5.242 Die Zivilklage und der Strafrichter

5.242.1 Situation in den Kantonen vor dem Opferhilfegesetz ¹³²

Vor dem Inkrafttreten des Opferhilfegesetzes gewährten alle kantonalen Strafprozessordnungen sowie ebenso der Bundesstraßprozess und der Militärstraßprozess dem Opfer einer Straftat das Recht, den Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens gerichtlich, akzessorisch im Strafprozess, einzufordern¹³³.

Dennoch waren die Voraussetzungen zur Ausübung der Adhäsionsklage von Kanton zu Kanton sehr verschieden. Die Ausübung der Zivilklage vor dem Strafrichter stieß denn auch häufig an praktische Hindernisse, wie etwa die systematische Verweisung der Zivilforderung auf den Zivilweg oder materielle Zuständigkeitsbeschränkungen der Strafgerichte ¹³⁴.

5.242.2 Mindestregeln des OHG über die Zivilansprüche

Nach Artikel 8 Absatz 1 litera a OHG kann sich das Opfer am Strafverfahren beteiligen und insbesondere seine Zivilansprüche geltend machen. Diese Bestimmung schreibt mithin den Kantonen die Zivilklage vor. Artikel 8 OHG geht jedoch weiter als die Mehrzahl der Prozessordnungen, die ein solches Verfahren vorsehen: die Adhäsionsklage ist nämlich *ohne Begrenzung* des geforderten Betrages zulässig. Vor allem aber kann der Strafrichter das Opfer nur mehr dann auf den

¹³¹ PIQUEREZ, RZ. 1746.

¹³² Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (OHG; SR 312.5).

¹³³ KILLIAS, La position des victimes d'infractions pénales dans le loi de procédure pénale de la Confédération et des cantons, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Lausanne, Oktober 1986, S. 20; Schlussbericht der Studienkommission für die Erarbeitung eines Vorentwurfs eines Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, Bern, Dezember 1986.

¹³⁴ GOMM/STEIN/ZEHNTNER, S. 151; KILLIAS, La LAVI comme fruit de recherches sur les attentes et les difficultés des victimes d'infractions criminelles, ZStrR 1993, S. 407.

Zivilweg verweisen, wenn der Beschuldigte freigesprochen oder das Verfahren eingestellt wird (Art. 9 Abs. 1 OHG); in allen anderen Fällen muss er, allenfalls nur dem Grundsatz nach (Art. 9 Abs. 3 OHG), selber darüber entscheiden ¹³⁵.

Wie schon gewisse kantonale Prozessgesetze erlaubt das OHG dem Strafrichter, die Zivilansprüche *später zu behandeln* (Art. 9 Abs. 2). Dies liegt im Interesse des den Strafprozess bestimmenden Beschleunigungsgebots. Die spätere Behandlung der Zivilansprüche erfolgt durch das *gleiche* Gericht; das Opfer muss dann kein neues Verfahren vor dem Zivilrichter anheben, und der Beschuldigte braucht sich nicht vor verschiedenen Gerichten zu verantworten ¹³⁶.

5.243 Vorschläge der Kommission

5.243.1 Stellung als Zivilpartei

Jeder natürlichen oder juristischen Person, die in ihren Rechtsgütern durch eine Straftat unmittelbar verletzt wurde und die einen persönlichen, direkten, gegenwärtigen und feststehenden Schaden erlitten hat, soll die Stellung als Zivilpartei im Strafverfahren zugestanden werden. Das heisst, sie kann als Privatkläger im Verfahren auftreten ¹³⁷

Das gleiche Recht ist den dem Opfer gleichgestellten Personen einzuräumen, das heisst seinen nahen Verwandten (Ehegatte, Kinder, Eltern), anderen Personen, die mit dem Opfer in analoger Weise verbunden sind, sowie seinen Erben.

5.243.2 Verfahren und Urteil über die Zivilklage

Die in Artikel 9 OHG niedergelegten Grundsätze über den formellen Ablauf der gerichtlichen Beurteilung von Zivilansprüchen sollen in die vereinheitlichte Strafprozessordnung übernommen werden.

¹³⁵ PIQUEREZ (Aide aux victimes), S. 41; Botschaft vom 25 April 1990 zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) und zu einem Bundesbeschluss über das Europäische Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten, BBl 1990 II 961 ff.

¹³⁶ PIQUEREZ (Aide aux victimes), S. 44.

¹³⁷ Dass Privatstrafkläger auch im Strafpunkt sollen mitwirken können, wurde bereits dargelegt (vgl. oben Kapitel 5.15).

5.25 Besondere Verfahren

In einer eidgenössischen Strafprozessordnung müssen "Besondere Verfahren", wie das Verfahren gegen Abwesende, das Strafbefehlsverfahren und das Verfahren bei nachträglichen richterlichen Anordnungen geregelt werden.

5.251 Überblick

5.251.1 Was ist zu regeln?

Zahlreiche kantonale Strafprozessordnungen kennen Bestimmungen für besondere Prozessarten, die zum Teil in einem eigenen *Kapitel über "Besondere Verfahren"* zusammengefasst sind. Die Kommission hält dafür, dass auch eine schweizerische Strafprozessordnung Vorschriften über solche Verfahren enthalten muss.

Unabdingbar sind Bestimmungen zum *Verfahren gegen Abwesende* und zum *Strafbefehlsverfahren*. Sinnvoll ist zudem, das *Verfahren bei nachträglichen richterlichen Anordnungen* zu regeln.

5.251.2 Offene Fragen

Die Expertenkommission legt keine Vorschläge für die Vereinheitlichung des Jugendstrafverfahrens, des Verwaltungsstrafrechts und des Ordnungsbussenverfahrens vor. Zur Begründung wird auf Kapitel 5.11 (Anwendungsbereich) verwiesen.

■ **Beurteilung durch Verwaltungsbehörden**

Soweit die Kantone bei bundesrechtlichen Übertretungen nicht-richterliche Behörden (z.B. Oberamtmänner, préfets) als Sanktionsinstanz vorsehen (vgl. Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), sind in die eidgenössische Strafprozessordnung die entsprechenden Verfahrensbestimmungen aufzunehmen; dabei müssen namentlich

die *Regeln des Strafbefehlsverfahrens* zur Anwendung kommen (richterliche Beurteilung im Fall der Einsprache).

■ **Ordnungsbussen**

Die Kommission hat die Frage der Vereinheitlichung des Ordnungsbussenverfahrens geprüft. Sie ist jedoch zum Schluss gekommen, dieses etwas partikuläre Thema sei mit Vorteil der Spezialgesetzgebung vorzubehalten.

■ **Privatstrafklageverfahren**

Etwa die Hälfte der Kantone kennt besondere und recht unterschiedliche Vorschriften über Privatstrafklageverfahren, namentlich für Ehrverletzungen, aber auch für weitere Antragsdelikte. In diesen Verfahren vertritt der Private die Klage von Anfang an als Hauptpartei und alleiniger Ankläger; der öffentliche Ankläger tritt nicht auf. Es stellt sich die Frage, ob diese Verfahrensart auch in anderen Kantonen eingeführt werden soll. Nach Meinung der Kommission gehört sie nicht zu den Essentialia einer Strafprozessordnung; sie möchte daher darauf verzichten, sie in der vereinheitlichten Strafprozessordnung vorzusehen.

5.252 Verfahren gegen Abwesende

5.252.1 Vorverfahren

Das Vorverfahren ist bei unbekanntem Aufenthalt des Beschuldigten in seiner Abwesenheit durchzuführen. Voraussetzung ist, dass er nicht vorgeladen, vorgeführt oder verhaftet werden kann und die Ausschreibung zur Ermittlung des Aufenthalts oder zur Verhaftung erfolglos war oder offensichtlich zwecklos wäre. Das Verfahren ist nach Möglichkeit mit der gleichen Gründlichkeit wie gegen einen anwesenden Beschuldigten zu führen.

Falls die Anwesenheit des Beschuldigten für die Abklärung unerlässlich ist, sollte das Verfahren *sistiert* (vorläufig eingestellt) werden, bis der Angeklagte ergriffen wird oder sich den Behörden stellt.

5.252.2 Hauptverhandlung

Die Hauptverhandlung kann in Abwesenheit durchgeführt werden, wenn der Angeklagte trotz gehöriger Vorladung ohne genügende Entschuldigung nicht

erscheint und das Gericht auf seine Vorführung verzichtet oder eine solche auch nach erfolgter öffentlicher Vorladung nicht möglich ist.

Auch in der Hauptverhandlung ist das Verfahren zu sistieren, wenn das Beweisergebnis keine genügende Grundlage für eine Verurteilung oder einen Freispruch bildet oder wenn die Anwesenheit des Beschuldigten für die Beurteilung unerlässlich ist. Denn auch im Abwesenheitsverfahren gilt der Grundsatz der materiellen Wahrheit ¹³⁸.

Zwar ist erwünscht, dass ein Abwesenheitsurteil nur dann erfolgt, wenn der Beschuldigte mindestens einmal im Verlauf des Verfahrens richterlich einvernommen wurde. Die Kommission möchte jedoch darauf *verzichten*, dies als *conditio sine qua non* für ein Abwesenheitsurteil zu postulieren. Dafür sieht sie eine *grosszügige Regelung für die Wiederaufnahme* vor, d.h. insbesondere auch für den Fall einer schuldhaften Abwesenheit. Ein Urteil darf im übrigen ohnehin nicht gefällt werden, wenn der Sachverhalt nicht ausreichend abgeklärt werden konnte.

Nach Meinung der Kommission nicht vertretbar ist eine in einigen kantonalen Prozessordnungen vorgesehene Schlechterstellung des Beschuldigten im Abwesenheitsverfahren, etwa weil der Entscheid lediglich gestützt auf die Akten gefällt wird, auf weitere Beweisabnahmen in der Hauptverhandlung oder auf eine amtliche Verteidigung verzichtet wird oder der Verteidiger nicht zum Parteivortrag zugelassen wird. Ein Abwesenheitsverfahren rechtfertigt keine Einschränkung der in Art. 6 EMRK verankerten Verteidigungsrechte des Angeschuldigten.

5.252.3 Wiederaufnahmeverfahren

Wer in seiner Abwesenheit verurteilt worden ist, hat das Recht, binnen einer kurzen Frist seit Empfang des Urteilsdispositivs schriftlich die Aufhebung des Urteils (Wiederaufnahme) zu verlangen, es sei denn, die Vollstreckungsverjährung sei eingetreten; diesfalls bleibt aber die Revision offen.

Die Wiederaufnahme sollte *nicht vom Beweis einer schuldlosen Abwesenheit abhängig gemacht werden*; eine solche Regelung ist mit der EMRK vereinbar ¹³⁹. Hat der Angeklagte Kenntnis vom Verfahren und bleibt er diesem fern, liegt ein Verstoß gegen Artikel 6 EMRK vor, wenn von ihm der Beweis der Umstände, die ihn am Erscheinen vor dem Gericht gehindert haben, verlangt wird¹⁴⁰. Hingegen können dem Beschuldigten diesfalls die Kosten des Abwesenheitsverfahrens auferlegt werden, und zwar auch dann, wenn er im neuen Verfahren freigesprochen wird. Wollte man die Wiederaufnahme bei schuldhafter

¹³⁸ HAUSER/SCHWERI, S. 382.

¹³⁹ Vgl. u.a. HAUSER/SCHWERI, S. 383.

¹⁴⁰ BGE 113 Ia 225 ff.

Abwesenheit ausschliessen, müssten sehr viel restriktivere Voraussetzungen für ein Abwesenheitsurteil verlangt werden.

Das Gesuch um Wiederaufnahme hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn der Präsident des zuständigen Gerichts sie anordnet.

Liegt ein Begehren auf Neubeurteilung vor, ist eine *neue Hauptverhandlung* anzusetzen. Zuständig ist *jenes Gericht, welches das Abwesenheitsurteil gefällt hat*; die früheren Richter gelten nach heutiger Rechtsprechung nicht als befangen, nur weil sie mit dem Fall vorbefasst sind.

Ein erneutes unentschuldigtes Fernbleiben von der Verhandlung über die Gutheissung des Wiederaufnahmebegehrens oder von der neuen Hauptverhandlung in der Hauptsache gilt als Rückzug des Begehrens auf Wiederaufnahme. Darauf muss in der Vorladung hingewiesen werden.

Falls nötig, müssen die Akten den Untersuchungsbehörden zur Ergänzung der Untersuchung überwiesen werden.

5.253 Strafbefehlsverfahren

5.253.1 Grundsätze

Der Strafbefehl (Strafverfügung, Strafmandat) ist die wirkungsvollste Form der Verfahrensvereinfachung ¹⁴¹.

Im Vorverfahren soll ein Strafbefehl erlassen werden können, wenn aufgrund der getroffenen Abklärungen eine strafbare Handlung als gegeben erachtet wird *und als Höchststrafe Busse oder Freiheitsstrafe von nicht mehr als sechs Monaten, allenfalls verbunden mit einer Busse*, in Frage kommt. Zuständig zum Erlass des Strafbefehls ist der *Untersuchungsrichter* (siehe oben Kapitel 5.22, Ziff. 5.223); vorbehalten sind Fälle des Verwaltungsstrafrechts, in denen die Verwaltungsbehörde zuständig ist.

Ein förmliches, vorgängiges Geständnis ist nicht Voraussetzung für dieses Verfahren. Die Zustimmung des Betroffenen zum vorgeschlagenen Urteil bzw. zum Verzicht auf das ordentliche Verfahren kommt im Verzicht auf die Einsprache zum Ausdruck. Es ist zu erwägen, bei Freiheitsstrafen die persönliche Anhörung des Betroffenen vor Erlass des Strafbefehls zwingend vorzuschreiben.

¹⁴¹ Vgl. DUBS, Strafbefehl, Möglichkeiten und Grenzen eines vereinfachten Strafverfahrens, in: Strafrecht und Öffentlichkeit, Festschrift für Jörg Rehberg, Zürich 1996, S. 139 ff.; DONATSCH, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 1994, S. 317 ff., 319.

Im Rahmen der obengenannten Voraussetzungen soll durch Strafbefehl auch die Vollstreckung einer rechtskräftig ausgesprochenen Strafe (d.h. der Widerruf des bedingten Strafvollzugs eines früheren Urteils) sowie die Umwandlung von Busse in Haft angeordnet werden können. Ferner können Massnahmen nach den Artikeln 58-61 StGB sowie Nebenstrafen und ambulante Massnahmen angeordnet werden.

Ein Strafbefehl soll aus Gründen der Prozessökonomie ohne Rücksicht auf Zivilansprüche erlassen werden können. Bereits nach Artikel 9 Abs. 4 OHG können die Kantone für zivile Ansprüche im Strafbefehlsverfahren abweichende Bestimmungen erlassen, d.h. selbst in diesem Fall vorsehen, dass ein Strafbefehl nicht durch Zivilansprüche verhindert werden kann. Immerhin ist zu bestimmen, dass über liquide (unbestrittene) Zivilforderungen auch im Rahmen eines Strafbefehls befunden werden kann.

5.253.2 Inhalt des Strafbefehls

Der Strafbefehl muss enthalten:

- die Personalien des Beschuldigten,
- die dem Beschuldigten zur Last gelegte Straftat,
- die angewendeten gesetzlichen Bestimmungen,
- den Schuldspruch, die angeordnete Sanktion sowie den Entscheid über Nebenpunkte (ambulante Massnahmen sowie Massnahmen nach Art. 57-61 StGB, Kosten- und Entschädigungsfolgen),
- die Belehrung über das Recht auf Einsprache und die Rechtskraft,
- eine kurze Begründung, soweit sie für das Verständnis einer getroffenen Anordnung unerlässlich ist (z.B. zur Frage, warum der bedingte Strafvollzug nicht gewährt wurde),
- das Datum und die Unterschrift der Behörde, welche die Verfügung erlassen hat,
- die Personen und Amtsstellen, denen der Strafbefehl mitgeteilt wird.

5.253.3 Rechtsmittel und Wirkungen

Die Verfahrensbeteiligten haben das Recht, binnen einer bestimmten Frist seit der Eröffnung bei der Behörde, die den Strafbefehl erlassen hat, schriftlich oder mündlich *Einsprache* zu erheben.

Wird vom Rechtsbehelf der Einsprache Gebrauch gemacht, ist der Fall nach dem ordentlichen Verfahren zu behandeln. Falls die erforderlichen Abklärungen bereits vorgenommen worden sind, tritt der Strafbefehl an die Stelle der Überweisungsverfügung.

Die Einsprache kann bis zum Schluss des Beweisverfahrens in der Hauptverhandlung zurückgezogen werden.

Der Strafbefehl hat die *Wirkung eines rechtskräftigen Urteils*, soweit nicht rechtzeitig dagegen Einsprache erhoben wurde oder wenn diese zurückgezogen worden ist. Der Verzicht des Betroffenen auf die Garantien des ordentlichen Verfahrens verstösst nicht gegen die EMRK.

5.254 Verfahren bei nachträglichen richterlichen Anordnungen

Wo das Bundesrecht für nachträgliche richterliche Anordnungen - Vollstreckung rechtskräftig ausgesprochener Strafen (Widerruf des bedingten Strafvollzugs), Umwandlung von Bussen in Haft, Änderung oder Aufhebung von Massnahmen, Rehabilitation des Verurteilten - den *Richter* als zuständig erklärt, ist vorbehaltlich abweichender Bestimmungen dasjenige Gericht zuständig, welches das rechtskräftig gewordene Urteil ausgesprochen hat ¹⁴². Wurde der Fall durch einen Strafbefehl erledigt, gelten die Regeln über das Strafbefehlsverfahren.

Die Vollstreckungsbehörden und die Staatsanwaltschaft müssen befugt sein, in solchen Fällen Antrag zu stellen.

Das zuständige Gericht hat die nötigen Erhebungen anzustellen und dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Gericht hat seinen Entscheid in der Regel aufgrund der Akten zu treffen und ihn dem Verurteilten sowie der Staatsanwaltschaft schriftlich mit kurzer Begründung und einer Rechtsmittelbelehrung zu eröffnen.

Beim Widerruf eines gewährten bedingten Strafvollzugs nach Artikel 41 Ziff. 3 Abs. 3 Satz 1 StGB hat das Verfahren parallel mit dem Verfahren in der Hauptsache stattzufinden.

¹⁴² Beim Widerruf des bedingten Strafvollzugs bestehen abweichende Bestimmungen, weil nicht das Gericht zuständig ist, welches das betreffende Urteil ausgefällt hat, sondern jenes, welches die neue Straftat beurteilt (Art. 41 Ziff. 3 StGB).

5.26 Rechtsmittel ¹⁴³

Die vereinheitlichte Strafprozessordnung soll, als ordentliche Rechtsmittel, die Appellation (gegen Urteile) sowie die Beschwerde (gegen Verfügungen) vorsehen.

5.261 Heutige Situation in der Schweiz

■ ***Vielfältige Rechtsmittelsysteme*** ¹⁴⁴

Die kantonalen Prozessordnungen sind hinsichtlich der Rechtsmittel sehr vielfältig, weshalb es schwer fällt, die verschiedenen Systeme zu klassifizieren. Immerhin lassen sich folgende *Tendenzen* ablesen: Viele Kantone kennen sowohl die Appellation als auch die Nichtigkeitsbeschwerde (so namentlich Basel-Stadt, Jura, Luzern, St.Gallen, Zürich). Einige Kantone verzichten auf die Appellation (so die alte Freiburger Strafprozessordnung sowie der Tessin und die Kantone Neuenburg und Waadt), andere auf die Nichtigkeitsbeschwerde (beide Appenzell, der Aargau, die Kantone Basel-Land, Bern, Nidwalden, Graubünden, Thurgau, Uri und Wallis). Einzelne Kantone schliessen die Appellation für die leichte Kriminalität aus (so der Kanton Schwyz), andere für Übertretungen sowie die schwere Kriminalität (so Jura und Zürich).

■ ***Appellation in verschiedener Gestalt***

Zwei Kantone (Bern und Freiburg) haben anlässlich der Totalrevision ihrer Strafprozessordnungen ¹⁴⁵ eine neue Form der Appellation gewählt: Einerseits die gewöhnliche Appellation mit vollständigem Devolutiveffekt für die schwere und mittlere Kriminalität, andererseits, für Übertretungen oder jedenfalls für einen Teil davon, eine Appellation mit Kognition, die sich beschränkt auf die Verletzung

¹⁴³ Übersetzung aus dem Französischen

¹⁴⁴ Eine Gesamtschau der kantonalen Lösungen geben HAUSER/SCHWERTI, S. 410 ff. und 422 ff.

¹⁴⁵ Das am 15. März 1995 angenommene neue Bernische Strafverfahrensgesetz ist am 1. Januar 1997 in Kraft getreten. Die revidierte Freiburger Strafprozessordnung wurde vom Grossen Rat am 14. November 1996 angenommen; sie ist noch nicht in Kraft.

materiellen oder prozessualen Rechts und offensichtlich unrichtige Akten- oder Beweiswürdigung ¹⁴⁶.

■ **Wiederaufnahme**

Sämtliche Kantone kennen das Rechtsmittel der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten; dieses ist ihnen durch Artikel 397 StGB vorgeschrieben.

Mit Ausnahme des Kantons Genf (Art. 314 Abs. 2 und 357 GE-StPO), erlauben alle kantonalen Prozessordnungen, wenn auch mit unterschiedlichen Modalitäten, die Revision von Strafurteilen zum Nachteil des Beschuldigten, wenn dieser freigesprochen oder in ungenügender Weise verurteilt wurden ¹⁴⁷.

5.262 Vorschläge der Kommission

5.262.1 Rechtsmittel auf der kantonalen Ebene

■ **Beschwerde**

Begriff

Die Beschwerde (Rekurs) ist ein ordentliches Rechtsmittel, womit richterliche Entscheide sowie von der Polizei angeordnete Zwangsmassnahmen bei einer oberen Gerichtsstanz angefochten werden können.

¹⁴⁶ Artikel 334 Absatz 3 BE-StPO lautet: "Bilden ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des Verfahrens und ist die angeschuldigte Person nicht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, kann mit der Appellation nur gerügt werden, dass angefochtene Urteil verletze eine materiellrechtliche oder prozessuale Bestimmung des eidgenössischen oder kantonalen Rechts oder Gründe sich auf eine offensichtlich unrichtige Akten- oder Beweiswürdigung."

Artikel 212 der FR-StPO lautet:

¹ Mit der Berufung können alle Mängel des Verfahrens und des Urteils angefochten werden.

² Mit der Berufung gegen eine Verurteilung zu einer Busse von weniger als 3'000 Franken und/oder einer Freiheitsstrafe von weniger als zehn Tagen oder gegen ein Urteil des Wirtschaftsstrafgerichts kann jedoch nur geltend gemacht werden:

- a. eine Verletzung materiellen Rechts;
- b. eine Verletzung einer wesentlichen Verfahrensbestimmung während der Hauptverhandlung;
- c. eine ungenügende oder willkürliche Begründung erheblicher tatsächlicher Feststellungen.

³ Die Einschränkungen des vorstehenden Absatzes gelten für die Berufung eines in Abwesenheit Verurteilten, dessen Wiederaufnahmegesuch abgewiesen wurde, unabhängig vom Strafmass."

¹⁴⁷ Siehe zu dieser Form der Wiederaufnahme HAUSER/SCHWERI, Rz 51 ff. zu § 102; PIQUERREZ, Rz. 2505 ff.

Die Beschwerde hat nur aufschiebende Wirkung, wenn sie der Präsident der Rekursinstanz anordnet.

Da sie gegenüber der Appellation subsidiär ist, ist die Beschwerde nicht zulässig, wenn der Appellationsweg offensteht.

Eine Beschwerde können einreichen:

- der Beschuldigte;
- der Privatkläger;
- der Staatsanwalt.

Beschwerdefähige Entscheide

Die Beschwerde ist möglich gegen prozessuale Entscheide des Staatsanwalts, der Untersuchungsbehörden, der erstinstanzlichen Gerichte und der Präsidenten urteilender Gerichte sowie gegen Zwangsmassnahmen, die von der Polizei angeordnet wurden ¹⁴⁸.

Gegen Entscheide, die in der Urteilsphase überprüft werden können, ist die Beschwerde unzulässig.

Verfahren

Das Beschwerdeverfahren ist schriftlich. Das Rechtsmittel ist binnen zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen.

Optionen der Kommission

Die Beschwerde soll gegen *Verfügungen des Richters* offenstehen, namentlich

- gegen eine Nichteröffnung oder eine Einstellung des Verfahrens;
- gegen Zwangsmassnahmen;
- in weiteren vom Gesetz zu nennenden Fällen (z.B. betreffend die amtliche Verteidigung und die unentgeltliche Rechtspflege).

Die Beschwerde ist auch als Rechtsmittel gegen *polizeilich angeordnete Zwangsmassnahmen* vorzusehen.

¹⁴⁸ Beispiele für Entscheide, die mit Beschwerde angefochten werden können, siehe bei HAUSER/SCHWERI, Rz. 5 ff. zu § 100; AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht. Die neuen bernischen Gesetze, Bern 1997, Rz. 1700 ff.

■ **Appellation**

Begriff

Die Appellation ist ein ordentliches Rechtsmittel; die Anfechtungsgründe sind unbeschränkt. Mit der Appellation kann ein Urteil an eine obere Instanz weitergezogen werden, die den Fall sowohl unter tatbeständlichen als auch rechtlichen Gesichtspunkten überprüfen kann. Ihr Urteil ersetzt jenes der ersten Instanz.

Zur Appellation berechtigt sind:

- der Beschuldigte;
- der Privatkläger;
- der Staatsanwalt.

Anders als bei der Nichtigkeitsbeschwerde sind bei der Appellation die Anfechtungsgründe nicht beschränkt; die obere Instanz kann, im Rahmen der Appellationserklärung, den Fall sowohl tatbeständlich als auch rechtlich *frei* überprüfen.

Die Appellation hat *aufschiebende Wirkung* sowie einen vollständigen *Devolutiveffekt*.

Anschlussappellation

Die Anschlussappellation seitens des Staatsanwalts oder des Beschuldigten ist zulässig. Sie hat einen vollständigen Devolutiveffekt, denn sie ist nicht an den Umfang der Hauptappellation gebunden. Die Anschlussappellation erlaubt, dem Verbot der *reformatio in peius* auszuweichen.

Appellationsfähige Entscheide

Die Appellation ist zulässig gegen von erstinstanzlichen Gerichten gefällte materielle Endurteile oder Entscheide über Vorfragen, die das Verfahren beenden.

Verfahren

Das Verfahren ist grundsätzlich mündlich, doch kann die Appellationsinstanz ein schriftliches Verfahren anordnen, so namentlich bei Eintretens-, Kosten- und Entschädigungsfragen.

Die Appellation ist binnen zehn Tagen zu erklären.

Obgleich die Grundsätze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit vor der oberen Instanz eingeschränkt sind, können die Parteien Beweisergänzungen beantragen.

Optionen der Kommission

Die Appellation ist als ordentliches Rechtsmittel gegen *Urteile* einzuführen, dies namentlich im Falle von Verbrechen und Vergehen. Im Rahmen des Appellationsverfahrens ist auf eine vollständige Wiederholung der von der Vorinstanz durchgeführten Beweisaufnahme zu verzichten.

Für die *leichte Kriminalität*, zumal für Übertretungen, ist die Kognition der Rechtsmittelinstanz auf die Verletzung von materiellem und Verfahrensrecht sowie auf offensichtlich unrichtige Akten- oder Beweiswürdigung zu beschränken.

■ Wiederaufnahme

Begriff

Die Wiederaufnahme (Revision) ist ein ausserordentliches Rechtsmittel; es richtet sich gegen ein rechtskräftiges Urteil (Verurteilung oder Freispruch), das in tatbeständlicher Hinsicht mangelhaft ist.

Da es sich um ein ausserordentliches Rechtsmittel handelt, führt die Einreichung eines Wiederaufnahmebegehrens nur dann zur Aussetzung der Urteilsvollstreckung, wenn die für die Revision zuständige Instanz dies verfügt.

Die Revision kann, zu seinen Lebzeiten, vom Verurteilten selber verlangt werden; nach seinem Tode können seine nahen Angehörigen oder seine gesetzlichen Erben, im Zivilpunkt auch die eingesetzten Erben, ein Revisionsbegehren stellen. Zur Revision legitimiert sind ferner der Geschädigte im Zivilpunkt sowie der Staatsanwalt, der sowohl zugunsten des Verurteilten als auch zum Nachteil des freigesprochenen Beschuldigten handeln kann.

Revisionsfähige Entscheide und Wiederaufnahmegründe

Die Wiederaufnahme ist zulässig gegen rechtskräftige Strafurteile und Strafbefehle, die entweder von Gerichten oder von Verwaltungsbehörden im Sinne von Artikel 345 Ziffer 1 Absatz 2 StGB erlassen wurden.

Die Revision ist hinsichtlich der Schuldfrage und auch im Zivilpunkt möglich, nicht aber bezüglich der Kosten oder der Entschädigungen.

Die Wiederaufnahme ist ausgeschlossen, wenn ein anderes Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf offenstehen, welche die Änderung des Entscheids ermöglichen.

Die Wiederaufnahme kann begehrt werden, wenn:

- neue Tatsachen oder Beweismittel, die der Vorinstanz nicht bekannt waren, entdeckt werden und wenn diese für sich allein oder zusammen mit früher festgestellten Fakten geeignet sind, die Freisprechung bzw. eine deutlich weniger strenge Verurteilung einer verurteilten Person oder aber die

Verurteilung eifreigesprochenen Person oder schliesslich ein anderes Urteil im Zivilpunkt zu begründen;

- das Ergebnis des Strafverfahrens durch eine in einem Strafurteil festgestellte strafbare Handlung beeinflusst wurde;
- ein später ergangenes Urteil in offensichtlichem Widerspruch zum ersten steht;
- der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Individualbeschwerde wegen Verletzung der europäischen Menschenrechtskonvention oder ihrer Zusatzprotokolle gutgeheissen hat und eine Wiedergutmachung nicht anders als durch die Wiederaufnahme möglich ist.

Die Wiederaufnahme zum Nachteil des freigesprochenen Beschuldigten ist nur möglich, wenn dieser noch lebt und die Verfolgungsverjährung noch nicht eingetreten ist.

Verfahren

Das Wiederaufnahmeverfahren ist schriftlich. Die obere Instanz kann jedoch eine mündliche Verhandlung anordnen.

5.262.2 Rechtsmittel auf Bundesebene

Die Rechtsmittel, mit denen das Bundesgericht angerufen werden kann, sollen ausschliesslich im neuen Bundesgesetz über das Bundesgericht geregelt werden, welches zurzeit einem Vernehmlassungsverfahren unterzogen wird. Dies gilt sowohl für die Anfechtung letztinstanzlicher kantonaler Entscheide als auch für den Weiterzug von Entscheiden eines neu zu schaffenden (selbständigen) Bundesstrafgerichts.

Die Untersuchung und erstinstanzliche Beurteilung von Delikten, die unter die *Bundesgerichtsbarkeit* fallen, wird sich nach der vereinheitlichten Strafprozessordnung richten. Soweit diese Verfahren nicht vom Bundesstrafgericht selbst, sondern von vorgelagerten Behörden (z.B. Untersuchungsrichter, Polizei) geführt werden, muss - ebenso wie in den Kantonen - die Möglichkeit bestehen, Rekurs einzulegen (vgl. oben Ziff. 5.262.1).

5.27 Kosten und Entschädigungen ¹⁴⁹

Die Verurteilung zu den Verfahrenskosten bei Freispruch oder Einstellung darf nur ausnahmsweise und gestützt auf Erwägungen erfolgen, die von der Beurteilung des strafrechtlichen Verschuldens völlig unabhängig sind. Ausserdem ist für Personen, die zu Unrecht verfolgt oder verurteilt wurden, ein eigentliches Recht auf Entschädigung zu statuieren.

5.271 Gerichtskosten

5.271.1 Allgemeines

Man unterscheidet zwischen den allgemeinen Aufwendungen des Staates für die Justiz und den Gerichtskosten im konkreten Einzelfall.

Der allgemeinen Aufwendungen bedarf es für eine funktionsfähige Justiz, unabhängig von einem konkreten Verfahren. Zu diesen Aufwendungen gehören namentlich die Gehälter der Richter, des Gerichtspersonals und der Polizei sowie die Unterhaltskosten für Gebäude.

Die besonderen Kosten sind jene, die in einem bestimmten Prozess anfallen. Sie umfassen einmal die Gerichtskosten im engeren Sinn, das heisst die von den Strafbehörden zur Wahrheitsfindung erforderlichen Ausgaben. Dazu gehören namentlich die Vorladungskosten, die Zeugengelder, Entschädigungen für Dolmetscher und Sachverständige, Kosten für Gefangenentransporte, für die Untersuchungshaft sowie für den Post- und Telefonverkehr. Besondere Kosten sind auch diejenigen für die Verteidigung des Beschuldigten sowie für den Rechtsbeistand des Antragstellers oder Geschädigten.

Nur Auslagen, die für Handlungen im Interesse der Untersuchung getätigt werden, dürfen den Gerichtskosten zugerechnet werden.

Nachstehend werden nur die wichtigsten einschlägigen Fragen erörtert.

¹⁴⁹ Übersetzung aus dem Französischen

5.271.2 Grundsätze der Aufteilung von Kosten und Entschädigungen

Wie im Zivilverfahren sind auch im Strafprozess die Gerichtskosten in der Regel von der unterlegenen Partei zu tragen. Ausnahmsweise, namentlich dann, wenn dem Prozessgewinner ein Fehlverhalten angelastet werden muss, kann der Richter die Kosten anders verteilen.

Wird der Beschuldigte verurteilt, hat er die dem Staat sowie dem Privatkläger entstandenen Kosten zu tragen. Im Falle eines Freispruchs oder einer Einstellung trägt der Staat die Kosten, unabhängig vom Grund des Freispruchs oder der Einstellung.

Haben der Antragsteller oder der Geschädigte (Privatkläger) das Strafverfahren durch ein schuldhaftes Verhalten in Gang gesetzt, können ihnen die Kosten ganz oder teilweise auferlegt werden ¹⁵⁰. Bei Antragsdelikten trägt der unterlegene Antragsteller im allgemeinen die Kosten, ebenso bei Rückzug des Strafantrags.

Zahlreiche Strafprozessordnungen ¹⁵¹ sehen die Beschlagnahme von Vermögenswerten des Beschuldigten vor. Damit soll sichergestellt werden, dass allenfalls von ihm zu übernehmende Gerichtskosten, Bussen oder Zivilforderungen auch tatsächlich bezahlt werden.

Die genannten Grundsätze können auch in die vereinheitlichte Strafprozessordnung übernommen werden.

5.271.3 Kostentragungspflicht des Beschuldigten bei Einstellung und Freispruch

Hat der Beschuldigte, der freigesprochen oder dessen Verfahren eingestellt wurde, sich im Verfahren schwer schuldhaft verhalten, können ihm die Kosten auferlegt werden, wenn sein Verhalten für die Eröffnung des Verfahrens kausal war und jede andere Kostenregelung offensichtlich stossend wäre.

Die Kommission ist der Meinung, dass im Falle von Freispruch oder Einstellung die Verurteilung zu den Kosten nur aufgrund von Erwägungen stattfinden kann, die mit der Beurteilung des strafrechtlichen Verschuldens des Betroffenen nichts zu tun haben. Die Kostenaufgabe muss im übrigen allemal die Ausnahme bleiben und darf jedenfalls keine subsidiäre strafrechtliche Sanktion bilden.

Es widerspricht der Unschuldsvermutung nicht, wenn die Kosten einem Beschuldigten auferlegt werden, dem der Vorwurf gemacht werden muss, er habe durch eigenes Fehlverhalten die Eröffnung des Verfahrens verursacht oder dessen

¹⁵⁰ BGE 96 I 531; 84 I 13.

¹⁵¹ AG, AR, AI, BL, BS, LU, NW, SG, SZ, TG, UR, ZH.

Ablauf erschwert hat. Er muss aber klarerweise eine Vorschrift der schweizerischen Rechtsordnung übertreten haben ¹⁵². Eine Verurteilung zu den Kosten lässt sich also nicht auf ein bloss unmoralisches Verhalten stützen.

Die Unschuldsvermutung verbietet auch nicht, dass eine zurechnungsunfähige Person zu den Gerichtskosten verurteilt wird mit der Begründung, sie habe sie objektiv verursacht; es braucht dafür aber eine ausdrückliche Rechtsgrundlage, und die Billigkeit muss dies erfordern ¹⁵³. Nach Ansicht der Kommission braucht jedoch eine solche Gesetzesgrundlage nicht zwingend vorgesehen zu werden.

5.271.4 Verzicht auf die Kostenaufgabe

Gewisse kantonale Strafprozessordnungen ¹⁵⁴ sehen die Möglichkeit vor, auf die Kostenaufgabe zu verzichten, wenn der Beschuldigte überschuldet ist oder sich in einer anderweitig schwierigen finanziellen Lage befindet. Nach Auffassung der Kommission sollte in der eidgenössischen Strafprozessordnung eine derartige Möglichkeit vorgesehen werden.

5.272 Entschädigung zu Unrecht verfolgter oder verurteilter Personen

5.272.1 Allgemeines

Ist gegen eine Person zu Unrecht ein Strafverfahren geführt worden, das mit einer Einstellung oder einem Freispruch geendet hat, ist sie grundsätzlich berechtigt, den Ersatz des entstandenen Schadens zu verlangen. Wurde eine Verurteilung in einem Revisionsverfahren aufgehoben, kann der Staat dazu verpflichtet werden, das zum Nachteil eines Unschuldigen ergangene Fehlurteil wieder gutzumachen.

Die Staatshaftung wegen rechtswidriger Verfolgung oder Verurteilung wird hier nicht erörtert; sie gehört nicht ins Gebiet des Strafprozessrechts, sondern eher zum Verwaltungsrecht oder zum zivilen Haftpflichtrecht.

¹⁵² BGE 116 Ia 162.

¹⁵³ BGE 113 Ia 76.

¹⁵⁴ AG, SG, ZH.

5.272.2 Entschädigung zu Unrecht verfolgter Personen

Die Eröffnung eines Strafverfahrens und besonders die Inhaftierung eines Beschuldigten haben finanzielle Auswirkungen. Sie sind dann als Schaden zu betrachten, wenn das Verfahren mit einer Einstellung oder einem Freispruch endet.

Nahezu alle Gesetzgebungen der Kantone und des Bundes sehen eine Entschädigung des zu Unrecht verfolgten oder inhaftierten Beschuldigten vor.

Die Europäischen Menschenrechtskonvention schreibt in ihrem Artikel 5 Ziffer 5 eine Entschädigung nur für Fälle vor, in denen jemand entgegen den Bestimmungen der EMRK festgenommen oder inhaftiert wurde.

■ *Regelung in den Kantonen*

Alle kantonalen Gesetzgebungen enthalten Vorschriften über die Entschädigung von Personen, die freigesprochen oder deren Verfahren eingestellt wurde.

In gewissen Kantonen hat die zu Unrecht verfolgte Person ein eigentliches Recht auf Wiedergutmachung. Diese moderne Konzeption der Haftung findet immer mehr Verbreitung und wird auch von der Kommission geteilt. In anderen Kantonen mit traditionellerer Rechtsauffassung liegt es im freien Belieben des Staates, gestützt auf Billigkeitserwägungen im Einzelfall über die Opportunität und die Höhe einer Entschädigung zu befinden. Der Kanton Genf hat ein gemischtes System gewählt, das weder die Entschädigung nach freiem Belieben noch den Anspruch auf vollen Schadenersatz vorsieht; vielmehr muss die Entschädigung im Rahmen einer Zivilklage geltend gemacht werden.

Die Entschädigungspflicht aufgrund eines Strafverfahrens entspricht einer *Kausalhaftung*. Sie hängt nicht davon ab, ob die Gerichtsbehörde oder die Polizei rechtswidrig gehandelt haben.

■ *Regelung im Bund*

Sowohl der Bundesstrafprozess (Art. 122 Abs. 1 BStP) als auch das Verwaltungsstrafrecht (Art. 99 Abs. 1 VStrR) sehen die Entschädigung auf Begehren des Beschuldigten im Fall von Einstellung oder Freispruch vor. Die Entschädigung ist jedoch beschränkt auf Nachteile, die durch die Untersuchungshaft oder andere Untersuchungshandlungen (z.B. Beschlagnahme oder Hausdurchsuchung) entstanden sind, sowie auf Ersatz der Parteikosten.

■ *Umfang der Entschädigung*

Gegenwärtig ist es das kantonale Recht, welches die Voraussetzungen und die Kriterien der Entschädigung festlegt. Freilich muss die zuständige Behörde, auch

wenn sie nach Billigkeit urteilt, sich an objektiven Kriterien orientieren. Der Umfang des Schadens bemisst sich nach der Dauer des Verfahrens und der ausgestandenen Haft, ferner nach der Resonanz, die der Fall in der Öffentlichkeit hatte, nach der Art der gegen den Beschuldigten erhobenen Vorhaltungen sowie nach seinen gesellschaftlichen und privaten Verhältnissen.

Die Entschädigung umfasst zumindest die Verteidigungskosten. Hat der zu Unrecht verfolgte Beschuldigte besondere, schwerwiegende Nachteile erlitten, geht sein Anspruch zudem auf Ersatz seines materiellen und immateriellen Schadens.

Die Entschädigung kann abgelehnt oder herabgesetzt werden, wenn der Beschuldigte das Strafverfahren oder seine Inhaftierung durch schuldhaftes Verhalten ausgelöst oder wenn er die Untersuchung behindert hat. Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Überbindung der Verfahrenskosten an den freigesprochenen Beschuldigten sind analog anwendbar auf die Folgen des Verhaltens des Beschuldigten im Verfahren. Das Schweigen des Beschuldigten während der Untersuchung erlaubt jedoch keine Herabsetzung der Entschädigung, da er das Recht hat, die Aussage zu verweigern.

Hat der Staat eine Entschädigung ausgerichtet, kann er in der Regel auf Dritte, die für den fraglichen Schaden verantwortlich sind, Regress nehmen.

5.272.3 Entschädigung zu Unrecht verurteilter Personen

■ Grundsätzliche Wiedergutmachung von Fehlurteilen

Wurde eine Verurteilung, die durch einen Justizirrtum zustandekam, später wieder aufgehoben, ist das Opfer des Fehlurteils berechtigt, eine Entschädigung zu verlangen.

Artikel 3 des Protokolls Nr. 7 zur Europäischen Menschenrechtskonvention statuiert den Grundsatz der Entschädigung des Opfers eines Fehlurteils. Voraussetzungen dafür sind aber, dass die strafrechtliche Verurteilung rechtskräftig ist, die betroffene Person eine Strafe verbüsst hat und dass die Verurteilung aufgehoben wurde.

■ Modalitäten und Umfang der Entschädigung

Der freigesprochene Beschuldigte wird in alle seine Rechte wiedereingesetzt; bezahlte Bussen und Kosten werden ihm zurückerstattet. Ebenso hat er Anspruch auf Rückzahlung der Kosten seiner Verteidigung im ersten, verurteilenden Verfahren, im Wiederaufnahmeverfahren sowie im freisprechenden Verfahren. Er kann vom Staat eine Entschädigung für ihm durch das Fehlurteil entstandene materielle Nachteile verlangen, ausser er habe durch schuldhaftes Verhalten seine Verurteilung verursacht. Es gelten hier die gleichen Entschädigungskriterien wie im Falle der zu Unrecht verfolgten Personen.

5.28 Rechtskraft und Vollstreckung

In einer eidgenössische Strafprozessordnung sind die wichtigsten Aspekte der Rechtskraft und der Vollstreckung von Urteilen zu regeln.

5.281 Rechtskraft

5.281.1 Eintritt der Rechtskraft

Urteile und andere gerichtliche Endentscheide (z.B. nachträgliche richterliche Anordnungen) erster Instanz, gegen welche ein Rechtsmittel zulässig ist, werden mit dem Verzicht auf das Rechtsmittel, dem unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist sowie mit dem Rückzug und der Verwirkung des Rechtsmittels rechtskräftig. Die Rechtskraft sollte diesfalls *auf den Tag der Ausfällung des Entscheids* zurückbezogen werden.

Entscheide der oberen (zweiten) kantonalen Instanz werden *mit Ausfällung des Entscheids* rechtskräftig.

Einstellungsverfügungen des Untersuchungsrichters erlangen *keine volle materielle Rechtskraft*. Bei neuen Tatsachen oder Beweismitteln, die für das Vorliegen einer Straftat sprechen, oder bei neuen erheblichen Verdachtsgründen muss es möglich sein, auf solche Entscheide zurückzukommen ¹⁵⁵.

Zur Rechtskraft von *Strafbefehlen* vgl. oben Kapitel. 5.25 (Besondere Verfahren).

5.281.2 Feststellung und Mitteilung

Die Rechtskraft wird von der Behörde, welche den Entscheid erlassen hat, durch Aktenvermerk festgehalten.

Die Rechtskraft ist den Parteien von Amtes wegen mitzuteilen, wenn ihnen zuvor von der Einreichung eines Rechtsmittels Kenntnis gegeben wurde. Auch die

¹⁵⁵ HAUSER/SCHWERI, S. 337.

Strafregisterbehörden müssen orientiert werden. Der rechtskräftige Entscheid ist ferner unverzüglich im Dispositiv der kantonalen Vollzugsbehörde zu melden.

5.282 Vollstreckung

5.282.1 Grundsätzliche Zuständigkeit der Kantone

Das *Vollstreckungsrecht* ist grundsätzlich, vorbehaltlich bundesrechtlicher Vorschriften, Sache der Kantone. Auch die *Bezeichnung* der *Vollstreckungsbehörden* obliegt den Kantonen. Die Anfechtung vollstreckungsrechtlicher Entscheide wird im Prinzip ebenfalls im kantonalen Recht geregelt.

Dagegen sind in einer vereinheitlichten Strafprozessordnung die nachstehenden Themen zu normieren:

5.282.2 Vollzugsbeginn bei freiheitsentziehenden Sanktionen

Rechtskräftig ausgesprochene Freiheitsstrafen und sichernde Massnahmen sind *sofort* zu vollziehen, wenn Fluchtgefahr oder eine erhebliche Gefährdung der Öffentlichkeit oder des Massnahmenzwecks besteht; gleiches gilt, wenn der Verurteilte den sofortigen Vollzug verlangt.

In den übrigen Fällen muss die Vollzugsbehörde eine Vorladung zum Strafantritt erlassen. Auf begründetes Gesuch des Verurteilten hin soll der Strafantritt aufgeschoben werden können; dies gilt sinngemäss auch für sichernde Massnahmen.

5.282.3 Vollstreckung von Bussen und Gerichtskosten

Die zuständige kantonale Behörde soll über die Stundung, Teilzahlung und Eintreibung von Bussen und Verfahrenskosten sowie über die Bewilligung, Bussen durch freie Arbeit abzuverdienen (vgl. die heutige Regelung in Art. 49 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), entscheiden können. Sie ist verpflichtet, gegebenenfalls ein Verfahren betreffend die Umwandlung uneinbringlicher Bussen in Haft (Art. 49 Ziff. 1 StGB) zu veranlassen.

Diese Behörde soll ausserdem für das Inkasso verfallener Sicherheiten und - wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind - für die Rückforderung

zugesprochener finanzieller Leistungen (z.B. im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege bei späterem Wohlstand des Begünstigten) sorgen können.

Kostenforderungen des Staates sollen, nach den Grundsätzen des Obligationenrechts, in zehn Jahren verjähren und verzinslich sein.

Die vom Kanton bezeichneten Amtsstellen sollen Verfahrenskosten ganz oder teilweise erlassen können, wenn daraus eine übermässige Belastung des Kostenpflichtigen entstehen würde. Der Erlass hat unter Vorbehalt der nachträglichen Einforderung zu erfolgen, falls dem Pflichtigen die Zahlung später zugemutet werden kann.

5.282.4 Weitere Vollstreckungsmodalitäten

Der vom Kanton als zuständig bezeichneten Behörde sind die Vollstreckung weiterer Anordnungen sowie die erforderlichen Bekanntmachungen zu übertragen, so namentlich:

- die Einziehung gemäss Art. 58 f. StGB,
- die Ausschaffung der verurteilten Personen bei Landesverweisung nach Art. 55 StGB,
- die Bekanntmachung des Verbots, einen Beruf, ein Gewerbe oder ein Handelsgeschäft auszuüben (Art. 54 StGB), sowie des Wirtshausverbotes (Art. 56 StGB) im zuständigen Publikationsorgan,
- die Mitteilung der Amtsunfähigkeit (Art. 51 StGB) an die zuständige Instanz.

5.282.5 Tragung der Kosten für den Vollzug freiheitsentziehender Sanktionen

Mit dieser Thematik befasst sich die Revision des Allgemeinen Teils des Strafbuches; sie wird hier nicht weiter erörtert.

5.282.6 Begnadigung

Es ist davon abzusehen, das Begnadigungsrecht gesamtschweizerisch zu regeln.

5.3 Schlussbestimmungen

In einer eidgenössischen Strafprozessordnung sind Einzelfragen des Übergangs vom kantonalen zum eidgenössischen Recht zu regeln.

■ **Änderung von Bundeserlassen**

In den Schlussbestimmungen sind die Bundeserlasse aufzuführen, welche durch die eidgenössische Strafprozessordnung aufgehoben werden oder als Folge ihrer Schaffung anzupassen sind (vgl. oben Kapitel 3.2).

■ **Festsetzung des Inkrafttretens**

Die Kompetenz, die eidgenössische Strafprozessordnung in Kraft zu setzen, soll an den Bundesrat delegiert werden. Dieser wird zu berücksichtigen haben, dass die Kantone ihre Gerichtsorganisation überprüfen und anpassen müssen, was einige Zeit beanspruchen kann

■ **Übergangsvorschriften**

Grundsätzlich sind Prozesse im Rechtsmittelverfahren nach altem Recht zu Ende zu führen. Vorbehalten bleibt der Fall der Rückweisung an eine untere Instanz zur neuen Beurteilung. Prozesse, die im Hauptverfahren stehen, sollten in der betreffenden Instanz nach altem Recht abgeschlossen werden. Strafprozesse im Stadium der Untersuchung wären nach den Bestimmungen der neuen Prozessordnung weiterzuführen.

Stichwortverzeichnis ¹⁵⁶

A

Abwesenheitsverfahren 151
- Wiederaufnahme 152
Adhäsionsverfahren 147
Amtssprache 96
Anhaltung 109
Anklagegrundsatz 82
Anwalt der ersten Stunde 110
Anwendungsbereich 69
Appellation 159
Aufklärungshilfe 59
Augenschein 104
Auskunftsperson 103

B

Befragung, polizeiliche 128
Begnadigung 169
Begutachtung, psychiatrische 117
Behörden s. Strafrechtspflege
Beschlagnahme 114
- von elektron. Daten 115
- von Schriftstücken 115
Beschleunigungsgebot 80
Beschuldigter 86
- Einvernahme 134
- an der Hauptverhandlung 142
- Rechte 93
Beschwerde 157
Besondere Verfahren 150
Beweisaufnahme
- an der Hauptverhandlung 143
- Unmittelbarkeit 143
- vorsorgliche 139
Beweismittel 100
Beweisverwertungsverbot 105
Beweiswürdigung 105
Bild- und Tonaufnahmen 141

D

Datenschutz 82
Disziplinatgewalt 97
DNA-Analyse 126
Dolmetscher 96

Doppelte Strafverfolgung, Verbot 80
Durchsuchung 116

E

Einstellung 136
- definitive 137
- provisorische 136
Einvernahme
- von Kindern 102
- von Zeugen 102
Entschädigungen 162
Ermittlungen, s. polizeiliche E.
Expertenkommission 15

G

Geheimhaltungspflicht 81
Gericht 73
- Besetzung 140
Gerichtliches Verfahren 131
Gerichtsberhandlung 96, s. auch Hauptverhandlung
Gerichtsorganisation 18, 23, 36, 43
Gerichtsstand 75
Geschädigter 88, s. auch Privatklägerschaft, Opfer

H

Hafttrichter 112
Hauptverfahren s. Hauptverhandlung
Hauptverhandlung 139
- Öffentlichkeit 141
- Vorbereitung 139
- Vorfragen 143
- Zweiteilung 141
Hausdurchsuchung 116

I

Identifikationsmassnahmen 125
Immunity 55
In dubio pro reo 82
Inkrafttreten 170

¹⁵⁶ *Kursiv* gesetzte Seitenzahlen bezeichnen längere Ausführungen zum Stichwort.

Instruktionsmaxime 80

J

Jugendstrafverfahren 70

K

Konsequenzen 41

- im Bund 42
 - in den Kantonen 41
 - für die Organisation 43
- Konzeptbericht 17
- Kosten 162
- Gerichtskosten 162
- Kronzeuge 53
- Kronzeugenregelung 53
- Argumente pro und kontra 57
 - in Deutschland 56
 - in Italien 56
 - im schweiz. Recht 54
 - in den USA 54

L

Legalitätsprinzip 79

M

Menschenwürde 79

Militärstrafverfahren 69

N

Nichtanhandnahme 131

O

Objektivitätsgebot 79

Observation 127

Öffentlichkeitsgrundsatz 80, 141

Opfer 91, 94; s. auch Privatkläger

Opferhilfegesetz 64, 92, 148

Opportunitätsprinzip 45

Ordnungsbussenverfahren 70, 151

Organisiertes Verbrechen 22

P

Parteien 84

- an der Hauptverhandlung 142

Parteivorträge 144

Plea bargaining 50

- in der Schweiz 51
- in den USA 50, 55

Polizei 72, 121

Polizeihaft 109

- Schutzmassnahmen 110

Polizeiliche Ermittlungen 121

- Aufsicht über 130
- Ermittlungshandlungen 125
- selbständige E. 122, 123
- unselbständige E. 122, 129

Polizeirecht, kant. 122

Präsident des Gerichts 139

Präsidialverhör 144

Privatklägerschaft 85

- an der Hauptverhandlung 142
- Stellung 91

Privatstrafklageverfahren 151

Protokoll 97

Prozesshandlungen 95

- mangelhafte 99
- der Parteien 98
- der richterlichen Behörden 95

Prozessmaximen 79

R

Rechtshilfe 76

- internationale 77
- nationale 76

Rechtshilfekonkordat 14

Rechtskraft 167

Rechtsmittel 156

- im Bund 161
- kantonale 157
- Systeme 156

Rechtssicherheit 24

Revision, s. Wiederaufnahme

S

Sachverständiger 104

Schlussbestimmungen 170

Schuldinterlokut 141

Sitzungspolizei 97

Staatsanwalt 73, 85

- an der Hauptverhandlung 142
- Stellung
- Einfluss auf Überweisungsverfügung 138

Staatsanwaltschafts-Modell

Strafbefehl 137, 153

- Inhalt 154
- Rechtsmittel 154

Strafmandat, s. Strafbefehl

Strafrecht, kantonales 71

Strafrechtspflege

- Behörden 72

Strafverfolgungsmodelle 29
- Auswirkungen 36
- Minderheitsmeinung 38
- Wahl 34
Strafverfügung, s. Strafbefehl

T

Tatinterlokt 141

U

Übergangsvorschriften 170
Übersetzer 96
Überwachung 117
- von Bankkonten 115
- des Fernmeldeverkehrs 118
- polizeiliche 127
- des Postverkehrs 118
- technische Ü. geräte 119
Überweisung 137
- direkte 132
- Ü. verfügung 137
Unmittelbarkeit 143
Unschuldsvermutung 81
Untersuchung, körperliche 117
Untersuchung, richterliche 131
- Charakter 133
- Untersuchungshandlungen 134
- Zweck 133
Untersuchungsgrundsatz 80
Untersuchungshaft 111
- Ersatzmassnahmen 111
- Fortsetzung 112
- Haftgründe 111
- Haftbeschwerde 113
- Haftüberprüfung
- Kontakte mit der Aussenwelt 113
- Modalitäten 111, 114
Untersuchungsrichter 72
- Rechtsmittel gegen Entscheide 135
- im Vorverfahren 42
Untersuchungsrichter-Modell 29, 35
Urteil
- Ausfertigung 146
- Beratung 145
- Dispositiv 145
- Eröffnung 145

V

V- Mann 64, 65
- Einsatz 127
- Schutz 64, 65

Verbeiständung, s. Verteidigung
Verdeckte Ermittler, s. V-Mann
Vereinheitlichung
- Konsequenzen 41
- teilweise 26
Verfahrensbeteiligte 84
Verfahrensgrundsätze 79
Verfahrensleitung 140
Verfahrensrechte 90
Verfassungsgrundlage 14
Verfolgungszwang, Ausnahmen 45
Verteidigung 86
- amtliche 87
- notwendige 87
- unentgeltliche 87
- Wahlverteidigung 86
Verwaltungsbehörden 73, 150
Verwaltungsstrafrecht 70
Vollstreckung 167, 168
Vorführung 108
Vorladung 108
Vorverfahren 32

W

Waffengleichheit 94
Wiederaufnahme 157, 160
Wirtschaftskriminalität 22

Z

Zeuge 61
- als Beweismittel 100
- Kategorien 61, 66
Zeugenschutz 61
- Massnahmen 63
- Programme 64, 67, 68
Zeugnisverweigerungsrecht 100
- bei Amts-/Berufsgeheimnis 101
- wegen Familienbindungen 100
- der Medienschaffenden 101
- als Zeugenschutz 101
Zivilansprüche 149
Zivilklage 147
Zuständigkeit, örtliche 75
Zwangsmassnahmen 107
Zwischenbericht 17

De 29 à l'unité

Concept d'un code de procédure pénale fédéral

**Rapport de la Commission d'experts
„Unification de la procédure pénale“**

**Département fédéral de justice et police
Berne, décembre 1997**

Table des matières

	page
Table des matières	1
Bibliographie	11
Abréviations	12
1. Point de départ, méthode et perspectives	15
1.1 Environnement politique et juridique	15
1.2 Le mandat	17
1.3 La Commission d'experts	17
1.31 Composition	17
1.32 Mode de travail de la Commission	18
1.33 Le rapport intermédiaire de janvier 1995	18
1.4 Le rapport	19
1.41 Intentions	19
1.42 Présentation	20
1.5 Les prochaines étapes	21
2. Pourquoi un droit de procédure pénale unifié?	23
2.1 Des décennies de savantes discussions	23
2.2 Les formes modernes de criminalité comme argument en faveur d'une unification	24
2.3 Autres arguments pour une unification	25
2.4 Renonciation à une unification seulement partielle	28
2.5 En bref: une codification pour le futur	29
3. Unification et organisation judiciaire	31
3.1 Le modèle de poursuite pénale dans un code de procédure unifié	31
3.11 Principaux types d'organisations judiciaires dans le droit actuel	31
3.111 Modèle juge d'instruction I	31
3.112 Modèle juge d'instruction II	32

3.113	Modèle ministère public I	32
3.114	Modèle ministère public II	33
3.12	Avantages et inconvénients des différents modèles de poursuite pénale	33
3.121	Généralités	33
3.122	Phase préliminaire avec juge d'instruction	34
3.123	Phase préliminaire sans juge d'instruction	35
3.13	Choix d'un modèle de poursuite pénale et motivation	36
3.131	Nécessité du choix	36
3.132	Préférence pour le modèle juge d'instruction I	37
3.14	Incidences du choix du modèle sur l'organisation judiciaire	38
3.141	Incidences dans les cantons qui connaissent le modèle juge d'instruction II	39
3.142	Incidences dans les cantons qui connaissent le modèle ministère public I	39
3.143	Incidences dans les cantons qui connaissent le modèle ministère public II	40
3.144	Conséquences pour d'autres autorités judiciaires	40
3.15	Le point de vue de la minorité de la Commission	41
3.2	Conséquences pour la Confédération et les cantons	43
3.21	Aperçu	43
3.22	Législation nécessaire	43
3.221	Dans les cantons	43
3.222	Au niveau de la Confédération	44
3.23	Conséquences organisationnelles	45
4.	Nouveaux instruments de procédure	47
4.1	Exceptions au principe de la légalité	47
4.11	Survol	47
4.12	Principe de l'opportunité général ou limité?	48
4.13	Les différentes exceptions au principe de la légalité des poursuites	49
4.131	Concentration de la procédure sur les infractions les plus importantes	49

4.132	Infractions sans suite pénale	49
4.133	Infractions de peu d'importance	50
4.134	Infractions ayant un lien avec l'étranger	50
4.14	Aménagement procédural	51
4.141	Application uniquement par des autorités judiciaires	51
4.142	Application à tous les stades de la procédure	51
4.143	Forme de la décision	52
4.144	Voies de recours	52
4.15	Plea bargaining	52
4.151	Description	52
4.152	Le plea bargaining en procédure pénale américaine	53
4.153	Appréciation controversée du plea bargaining	53
4.154	La situation en Suisse	54
4.155	En conclusion: pas d'introduction du plea bargaining	54
4.2	Le témoin "de la Couronne"	56
4.21	Définition	56
4.22	Ebauche d'une réglementation du témoin "de la Couronne" en droit suisse contemporain	57
4.23	Droit comparé	57
4.231	USA	57
4.232	Italie	59
4.233	Allemagne	60
4.24	Arguments pour et contre une réglementation du témoin "de la Couronne"	61
4-241	Arguments en faveur	61
4.242	Arguments en défaveur	61
4.25	Conclusions	62
4.3	Protection des témoins	64
4.31	Nécessité et but	64
4.32	Différentes catégories de témoins	64
4.321	Les témoins par profession	65
4.322	Les participants entendus comme témoins	65
4.323	Les victimes appelées à déposer	65
4.324	Les témoins occasionnels	66
4.33	Les mesures de protection des témoins dans le procès pénal d'aujourd'hui	66
4.331	Le droit de refuser de témoigner	66

4.332	La protection des personnes	67
4.333	Les mesures procédurales visant à garantir l'anonymat	67
4.334	La loi sur l'aide aux victimes d'infractions	68
4.335	Les programmes extraprocéduraux de protection des témoins	68
4.34	La protection des témoins dans le code de procédure pénale unifié	68
4.341	Meilleure prise en compte de l'intérêt de l'Etat à la recherche de la vérité	69
4.342	Reprise des nouvelles règles relatives à l'agent infiltré	69
4.343	Extension des mesures de protection à d'autres catégories de témoins	69
4.344	Pas de programme développé de protection des témoins	71
5.	Canevas d'un code de procédure pénale unifié	73
5.1	<i>Dispositions générales</i>	73
5.11	Champ d'application	73
5.111	Principe	73
5.112	Démarche par étape	73
5.113	La procédure pour les infractions au droit cantonal	75
5.12	Autorités de l'administration de la justice pénale	76
5.121	Aperçu des autorités	76
5.122	La police	76
5.123	Le juge d'instruction	77
5.124	Le ministère public	77
5.125	Les tribunaux	77
5.126	Les autorités administratives investies de compétences pénales	78
5.13	Le for de la poursuite pénale et l'entraide judiciaire	79
5.131	La compétence territoriale	79
5.131.1	La situation actuelle	79
5.131.2	Propositions de la Commission	79

5.132	Entraide judiciaire	80
5.132.1	Notion et définition	80
5.132.2	L'entraide judiciaire nationale	80
5.132.3	L'entraide judiciaire internationale	81
5.14	Principes généraux régissant la procédure pénale	83
5.141	Généralités	83
5.142	Codification des maximes régissant le procès pénal	83
5.143	Protection des données	86
5.15	Les parties et autres intervenants à la procédure; l'assistance des parties	88
5.151	Les parties et autres intervenants à la procédure	88
5.151.1	Situation actuelle	88
5.151.2	Propositions de définitions de la Commission	89
5.152	L'assistance des parties	90
5.152.1	La défense du prévenu	90
5.152.2	L'assistance d'autres participants à la procédure	91
5.153	Synthèse des propositions de la Commission	92
5.16	Les droits des parties en procédure	93
5.161	Situation juridique actuelle	93
5.161.1	Généralités	93
5.161.2	La position du ministère public	93
5.161.3	La position de la victime et du lésé (partie plaignante)	94
5.161.4	Les droits du prévenu	96
5.162	Propositions de la Commission	96
5.162.1	L'égalité des armes en procédure	96
5.162.2	Les droits spécifiques de la victime	97
5.17	Les actes de procédure	98
5.171	Les actes de procédure accomplis par les autorités judiciaires	98
5.171.1	Les décisions judiciaires	98
5.171.2	La notification des actes judiciaires	99
5.171.3	La forme des débats judiciaires	99
5.172	Les actes de procédure des parties	101
5.172.1	Les requêtes	101

5.172.2	Les déclarations formatrices	101
5.172.3	Les conditions de forme et de fond des actes procéduraux des parties	101
5.172.4	Les actes de procédure viciés des parties	102
5.18	Moyens de preuve	103
5.181	Généralités	103
5.182	Les différents moyens de preuve	103
5.182.1	Témoins	103
5.182.2	Personnes entendues à titre de renseignement	106
5.182.3	Experts	107
5.182.4	Inspection locale	107
5.182.5	Autres moyens de preuve	108
5.183	Appréciation et administration des preuves	108
5.19	Les mesures de contrainte	109
5.191	Règles générales	109
5.192	Le catalogue des mesures de contrainte	109
5.193	La citation et le mandat d'amener	110
5.193.1	La citation	110
5.193.2	Le mandat d'amener	110
5.194	L'appréhension et la garde à vue	111
5.194.1	L'appréhension	111
5.194.2	La garde à vue	111
5.195	La détention préventive	113
5.195.1	Les motifs de la détention préventive	113
5.195.2	Les mesures de substitution de la détention préventive	113
5.195.3	Les modalités de l'arrestation	113
5.195.4	Nécessité d'un juge de la détention indépendant?	114
5.195.5	Le maintien de la détention	114
5.195.6	Le recours en matière d'arrestation et le contrôle de l'arrestation	115
5.195.7	Les contacts du détenu avec l'extérieur	115
5.195.8	Autres modalités de la détention préventive	116
5.196	Le séquestre	116
5.196.1	Conditions générales	116
5.196.2	Règles particulières pour les documents écrits, les données sauvegardées électroniquement et la surveillance des comptes bancaires	117

5.197	Les fouilles et perquisitions, l'examen psychiatrique et les mesures portant atteinte au corps humain	118
5.197.1	La perquisition	118
5.197.2	La fouille de personnes, de véhicules et d'objets	118
5.197.3	L'examen corporel; l'expertise psychiatrique; les mesures portant atteinte au corps humain	119
5.198	Les mesures de surveillance	119
5.199	Autres mesures de contrainte	121
5.2	<i>Dispositions spéciales</i>	123
5.21	La phase policière	123
5.211	Point de départ	123
5.211.1	La police, acteur important de la poursuite pénale	123
5.211.2	Le droit cantonal de la police	124
5.211.3	Investigations policières indépendantes et sur délégation	124
5.212	Les investigations indépendantes de la police	125
5.212.1	Utilité et but de l'enquête de police	125
5.212.2	Le début de l'enquête de police	126
5.212.3	Les actes d'enquête	127
5.212.4	Fin de l'enquête de police	130
5.213	Les opérations effectuées par la police sur délégation des autorités judiciaires	131
5.214	Le contrôle des interventions de la police	132
5.22	L'instruction	133
5.221	L'ouverture de l'action publique (Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens)	133
5.221.1	Examen des plaintes et dénonciations	133
5.221.2	Les décisions que l'autorité de poursuite peut prendre	133
5.222	L'instruction	134
5.222.1	But de l'instruction	134
5.222.2	Caractères de la procédure d'instruction	135
5.222.3	L'accomplissement des actes d'instruction	135
5.222.4	L'interrogatoire du prévenu	136
5.222.5	Le droit de recourir contre les décisions du juge d'instruction	137
5.222.6	Clôture de l'instruction et audition finale	137
5.223	Décision sur la suite de la procédure	137
5.223.1	Les différentes situations possibles	137

5.223.2	Le non-lieu	138
5.223.3	L'ordonnance pénale	138
5.223.4	Le renvoi en jugement	138
5.23	Les débats	140
5.231	Préparation des débats	140
5.231.1	Les tâches du président	140
5.231.2	Administration anticipée de preuves	140
5.232	Questions particulières importantes	141
5.232.1	Direction des débats	141
5.232.2	Composition du tribunal	141
5.232.3	Unité des débats	141
5.232.4	Principe de publicité	142
5.232.5	Prises de son et d'images	142
5.232.6	Césure des débats en deux parties	142
5.232.7	Présence des parties	143
5.233	Déroulement des débats	144
5.233.1	Questions préjudicielles et demandes de preuves	144
5.233.2	L'administration des preuves	144
5.233.3	Extension de la procédure et modification de la qualification juridique	145
5.233.4	Réquisitoire et plaidoiries	145
5.234	Délibération et communication du jugement	146
5.234.1	Délibération	146
5.234.2	Communication du jugement	146
5.234.3	Expédition complète du jugement	147
5.24	L'action civile	148
5.241	Vue générale	148
5.241.1	Les différents droits d'intervention du lésé en procédure	148
5.241.2	Notion, conditions d'exercice et définition de l'action civile	149
5.242	L'exercice de l'action civile devant le juge répressif	149
5.242.1	La situation dans les cantons avant l'adoption de la LAVI	149
5.242.2	Les règles minimales imposées par la LAVI en matière d'action civile	150
5.243	Les options de la Commission	150
5.243.1	La qualité de partie civile	150
5.243.2	La procédure et le jugement de l'action civile	151

5.25	Les procédures spéciales	152
5.251	Survol	152
5.251.1	Qu'y a-t-il à régler?	152
5.251.2	Questions ouvertes	152
5.252	La procédure par défaut	153
5.252.1	Phase préliminaire	153
5.252.2	Débats	154
5.252.3	La procédure en relevé du défaut	154
5.253	La procédure de l'ordonnance pénale	155
5.253.1	Principes	155
5.253.2	Contenu de l'ordonnance pénale	156
5.253.3	Voies de droit et effets	157
5.254	Procédure en cas de décisions judiciaires ultérieures	157
5.26	Les voies de recours	159
5.261	L'organisation actuelle des voies de recours en Suisse	159
5.262	Propositions de la Commission	160
5.262.1	Les voies de recours au plan cantonal	160
5.262.2	Les voies de recours au plan fédéral	164
5.27	Frais et indemnités	165
5.271	Les frais de justice	165
5.271.1	Généralités	165
5.271.2	Les principes de la répartition des frais et des indemnités	165
5.271.3	La condamnation du prévenu aux frais en cas de non-lieu et d'acquiescement	166
5.271.4	La renonciation aux frais	167
5.272	L'indemnisation des personnes poursuivies ou condamnées à tort	167
5.272.1	Généralités	167
5.272.2	L'indemnisation des personnes poursuivies à tort	167
5.272.3	L'indemnisation des personnes condamnées à tort	169
5.28	Force de chose jugée et exécution	170
5.281	Force de chose jugée	170
5.281.1	Entrée en force de chose jugée	170
5.281.2	Constataction et communication	170

5.282	Exécution	171
5.282.1	Compétence de principe des cantons	171
5.282.2	Commencement de l'exécution en cas de sanctions entraînant une privation de liberté	171
5.282.3	Paiement des amendes et des frais judiciaires	171
5.282.4	Autres modalités d'exécution	172
5.282.5	Prise en charge des frais pour l'exécution des sanctions entraînant une privation de liberté	172
5.282.6	Grâce	172
5.3	Dispositions finales	173
	Index alphabétique	175

Bibliographie ¹

Gomm/Stein/Zehntner	<i>Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehntner</i> Kommentar zum Opferhilfegesetz, Berne 1995
Hauser/Schweri	<i>Robert Hauser/Erhard Schweri</i> Schweizerisches Strafprozessrecht, 3 ^e éd., Bâle/Francfort 1997
Oberholzer	<i>Niklaus Oberholzer</i> Grundzüge des Strafprozessrechts, Berne 1994
Piquerez	<i>Gérard Piquerez</i> Précis de procédure pénale suisse, 2 ^e éd., Lausanne 1994
Piquerez (Aide aux victimes)	<i>id.</i> La nouvelle loi sur l'aide aux victimes d'infractions : Quels effets sur la RC et la pro- cédure pénale ?, RJJ 1996, 1 ss
Piquerez (L'avenir)	<i>id.</i> L'avenir de la procédure pénale en Suisse, RPS 1992, p. 366 ss, 379 ss
Schmid	<i>Niklaus Schmid</i> Strafprozessrecht, 2 ^e éd., Zurich 1993
Schmid (USA)	<i>id.</i> Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2 ^e éd., Heidelberg 1993

¹ Ne sont mentionnés dans cet aperçu que les ouvrages et contributions les plus importants qui sont le plus fréquemment cités dans le texte.

Abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
c., cons.	considérant
CCDJP	Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101)
cf.	comparez, confer
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CPP	code de procédure pénale (p.ex. CPP-BE: code de procédure pénale du canton de Berne)
CPS	Code pénal suisse (RS 311.0)
cst	Constitution fédérale (RS 101)
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
e.a.	entre autres
éd.	éditeur ou édition
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)
FF	Feuille fédérale
ibid.	au même endroit
id.	le même
infra	ci-dessous, plus bas
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LAO	Loi fédérale sur les amendes d'ordre (RS 741.03)
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention (RS 232.14)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière (RS 741.01)

LDMI	Loi fédérale sur les dessins et modèles industriels (RS 232.12)
LLCA	Loi sur les avocats (projet)
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02)
LSEE	Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)
LPO	Loi fédérale sur la poste (RS 783.0)
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants (RS 812.121)
LTC	Loi fédérale sur les télécommunications (RS 784.10)
n°	note
OEIMP	Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.11)
OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire (RS 173.110)
op.cit.	opere citato (dans l'ouvrage précité)
p.	page
p.ex.	par exemple
PDC	Parti démocrate chrétien
PJA	Pratique juridique actuelle
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale (RS 312.0)
PPM	Procédure pénale militaire (RS 322.1)
RDS	Revue de droit suisse
RIPOL	Système de recherche informatisé de police
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SJ	La Semaine judiciaire
ss	et suivantes
supra	ci-dessus, plus haut

1. Point de départ, méthode et perspectives ²

La Commission d'experts, conformément à son mandat, présente avec ce rapport ses propositions pour un code de procédure pénale fédéral. Ce document est destiné à susciter une large discussion dans les milieux intéressés et, le cas échéant, à être concrétisé sous la forme d'un projet de loi.

1.1 Environnement politique et juridique

■ ***Crimes sans frontière***

Le caractère transfrontière et véritablement global des formes modernes de criminalité, tel le crime organisé, contraste de façon saisissante avec les codes de procédure pénale dont le champ d'application est réduit aux étroites limites territoriales des cantons. D'un côté, "le crime sans frontière", de l'autre, 29 lois de procédure pénale différentes (26 cantonales et trois fédérales³) pour un petit pays, voilà qui illustre de façon éloquente notre point de départ.

Ce contraste n'accuse pas seulement des traits anachroniques; il entrave aussi et avant tout les efforts consentis par la Confédération et les cantons dans la lutte contre ces formes de criminalité.

■ ***Unification déjà avancée dans les faits***

Au cours des dernières décennies, la jurisprudence des instances de Strasbourg et celle du Tribunal fédéral ont exercé une influence importante sur les lois de procédure pénale en vigueur. Celles-ci, par ailleurs, se sont aussi harmonisées sur de nombreux points.

■ ***Sept cantons veulent l'unification***

Sur cet arrière-plan se profilent plusieurs *interventions parlementaires*, qui demandent soit une harmonisation⁴, soit l'unification du droit suisse de procédure

² Traduit de l'allemand.

³ Loi fédérale sur la procédure pénale (RS 312.0), loi fédérale sur la procédure pénale militaire (322.1) et loi fédérale sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

⁴ Postulat de la fraction PDC du 18.6.1993 (BO 1993 N, 2533 s.).

pénale⁵. Ces motions et postulats ont été adoptés par le Parlement.

Mais c'est dans les cantons que l'appel à l'unification se fait entendre de façon particulièrement insistante. Pas moins de sept d'entre eux⁶ ont déposé des *initiatives cantonales*, qui demandent l'élaboration d'un code de procédure pénale fédéral et auxquelles le Parlement a donné suite.

■ ***Pas en direction d'une harmonisation intercantonale***

Le besoin que les cantons éprouvent de voir simplifier les relations intercantionales dans le domaine de la procédure pénale s'exprime clairement dans le *Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale*⁷, que les cantons ont élaboré sous la houlette de la Conférence des chefs de départements de justice et de police (CCDJP). Le Concordat, auquel tous les cantons ont aujourd'hui adhéré, est en vigueur depuis début novembre 1993. Il prévoit notamment que les autorités cantonales de poursuite pénale peuvent aussi, en cas de nécessité, exercer leur activité sur le territoire d'autres cantons et appliquer à cette occasion leur propre droit de procédure. Cela a pour conséquence qu'aujourd'hui chacun des 26 codes de procédure pénale est susceptible d'être appliqué partout sur territoire suisse. C'est pourquoi l'unification du droit de procédure pénale simplifierait et clarifierait la situation.

■ ***Base constitutionnelle en préparation***

L'adoption d'un code de procédure pénale suisse implique une modification de la constitution fédérale, dès lors que selon le droit en vigueur "l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice" sont du ressort des cantons (art. 64bis, al.2, cst).

Dans le cadre de la *réforme de la constitution fédérale* actuellement pendante devant les Chambres fédérales, il est prévu une modification de cette disposition: le partage actuel des compétences ne devrait à l'avenir s'appliquer que "dans la mesure où la loi n'en dispose pas autrement" (art. 114, al.2, du projet de révision de la cst)⁸. Avec une telle réglementation, la voie serait libre pour l'adoption d'une loi de procédure pénale fédérale.

⁵ Motions Rhinow du 17.6.94 (BO 1995 E, 329 ss.) et Schweingruber du 31.5.1994 (BO 1995 N 2194 ss).

⁶ BS, SO, SG, BL, AG, TG (BO 1996 E, 244 ss.; N, 2374 ss.), ainsi que GL (BO 1997 E, 590).

⁷ RS 351.71.

⁸ FF 1997 I 1 ss., en particulier 533 s.

1.2 Le mandat

La situation actuelle, et particulièrement le morcellement du droit de procédure pénale en Suisse, ressentie toujours davantage comme un handicap dans la lutte contre les formes modernes de criminalité, a conduit le chef du Département fédéral de justice et police (DFJP) à se saisir de la question (régulièrement en discussion depuis les années quarante) de l'unification du droit de procédure pénale. Il institua, le 31 mai 1994, une commission d'experts (cf. infra ch. 1.3) chargée d'examiner *"si, dans l'intérêt de l'efficacité de la poursuite pénale, particulièrement dans les domaines de la criminalité économique et du crime organisé, l'unification totale ou partielle ou d'autres mesures utiles ne seraient pas indiquées"*.

En particulier, la Commission reçut le *mandat* d'évaluer l'œuvre d'unification déjà réalisée dans les faits par la législation fédérale et la jurisprudence, d'analyser les divergences les plus importantes existant entre les différents codes de procédure pénale, de déterminer la nécessité de réformes législatives et de développer des solutions. Enfin, elle devait élaborer un ou plusieurs *concepts de réglementation*, "qui tiennent compte de façon optimale des exigences d'une poursuite pénale efficace, de la protection des droits du prévenu, ainsi que de la fiabilité des décisions judiciaires".

1.3 La Commission d'experts

1.31 Composition

La Commission d'experts placée sous la *présidence* de M. Peter Müller, sous-directeur de l'Office fédéral de la justice, siégea dans la composition suivante:

■ *Représentants de la doctrine*

Franz Riklin, professeur à l'Université de Fribourg
Gérard Piquerez, juge au Tribunal cantonal jurassien et chargé de cours aux Universités de Berne et de Fribourg, Porrentruy

■ *Représentants des autorités de poursuite pénale cantonales*

Jean-Marc Schwenter, procureur général, Lausanne
Felix Bänziger, procureur général, Trogen AR⁹

⁹ Après sa nomination en qualité de substitut du procureur général de la Confédération, M. Bänziger occupa, au sein de la Commission, dès mi-1996 le siège de Mme Del Ponte, qui se retira dès lors.

■ *Représentant du CCDJP*

Paul Huber, Conseiller d'Etat, Lucerne

■ Représentants de l'administration fédérale

Carla Del Ponte, procureure générale de la Confédération¹⁰

Rudolf Wyss, sous-directeur de l'Office fédéral de la police

Martin Keller, sous-directeur au secrétariat général du DFJP.

Le secrétariat scientifique de la Commission était composé de Peter Ullrich, Jean-Pierre Kureth, Ernst Gnägi et Frank Schürmann, tous collaborateurs de l'Office fédéral de la justice.

1.32 Mode de travail de la Commission

De mi-1994 à l'automne 1997, la Commission d'experts a tenu 28 séances, généralement d'une journée complète. Elle a mené ses discussions sur la base de documents de travail préparés en partie par le secrétariat scientifique, en partie par les différents experts.

A deux reprises, la Commission a procédé à des hearings avec des spécialistes externes. C'est ainsi qu'elle se fit informer sur divers *modèles de poursuite pénale* par MM. Hans Dubs, ancien juge fédéral, et Thomas Hug, premier procureur à Bâle, qui exposèrent les systèmes des cantons de Zurich et de Bâle-Ville. Lors d'une autre audition, MM. Markus Peter, ancien substitut du procureur général, Andreas Rapp, de la Direction des douanes, et Peter Schneeberger, de l'Administration fédérale des contributions, orientèrent la Commission sur les aspects pratiques du *droit pénal administratif* et sur l'éventuelle nécessité d'incorporer cette matière dans un code de procédure pénale fédéral.

Par ailleurs, les membres de la Commission d'experts se firent régulièrement tenir au courant sur l'état des travaux de révision de la *loi d'organisation judiciaire fédérale* (OJF)¹¹ et leur incidence sur la juridiction pénale.

1.33 Le rapport intermédiaire de janvier 1995

A la demande du chef du DFJP, la Commission d'experts a établi au début de 1995 un rapport intermédiaire¹² sur le résultat de ses travaux.

¹⁰ Jusqu'à mi-1996.

¹¹ Cette loi sera rebaptisée loi fédérale sur le Tribunal fédéral; relativement à ce projet, une procédure de consultation a été ouverte au début d'octobre 1997.

Dans ce rapport, elle fit part de ses constatations sur les lacunes et les déficits affectant la poursuite pénale. Elle fit différentes propositions en vue d'une amélioration à court et à long terme de l'efficacité dans la poursuite pénale (pour le détail, voir *infra* chapitre 2, ch. 2.2). Elle présenta en outre un aperçu de l'influence de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des instances de Strasbourg sur le droit de procédure des cantons.

1.4 Le rapport

1.41 Intentions

Par le présent rapport, la Commission poursuit trois objectifs: elle entend y esquisser les traits essentiels d'un futur code de procédure pénale applicable dans toute la Suisse, exposer les conséquences que l'adoption d'un tel code entraînerait pour l'organisation judiciaire des cantons et prendre position sur les questions juridiques fondamentales qui appellent impérieusement une réponse.

■ *Profil d'un code de procédure pénale fédéral*

L'objet principal de ce rapport consiste en une présentation des caractéristiques possibles (soit d'un *concept*) d'un futur code de procédure pénale fédéral. La Commission d'experts a volontairement renoncé à formuler des solutions sous forme de dispositions légales. Il lui est apparu qu'il était préférable, au stade actuel de la discussion, de commencer par esquisser les traits possibles d'un code de procédure pénale unifié. Ce que le rapport contient, ce sont des propositions et souvent de simples bases de discussion; il ne présente en revanche pas de détermination définitive. La discussion du rapport dans les milieux intéressés déterminera vraisemblablement de façon différente plus d'une question essentielle; tel est également l'avis de la Commission.

■ *Conséquences sur l'organisation judiciaire des cantons*

Les lecteurs, avant tout les critiques, les sceptiques et même les opposants, doivent pouvoir, à la lecture du rapport, s'informer de façon aussi concise que possible sur les conséquences de l'adoption d'un code de procédure pénale unifié sur l'organisation judiciaire des cantons et sur les travaux d'adaptation que les cantons devraient entreprendre dans ce domaine. En particulier, le rapport tend aussi à fournir des réponses honnêtes à des questions politiquement très

¹² Commission d'experts "Unification de la procédure pénale": Rapport d'activité intermédiaire, Berne, janvier 1995.

sensibles telles que celle du modèle de poursuite pénale que le code unifié devrait prendre pour base et celle du système de recours qui devrait être choisi (cf. infra chap. 3 et 5.26).

■ **Nouveaux instruments de procédure**

Au cours des discussions menées tant dans les milieux spécialisés que dans ceux de la politique, de nouveaux instruments de procédure sont parfois préconisés. Que l'on songe notamment aux *témoins "de la Couronne"* (connus en Italie sous le vocable de "pentiti") ou au *plea bargaining*, surtout pratiqué aux USA. On attend aussi parfois un accroissement d'efficacité d'une pratique élargie du *principe de l'opportunité*. La Commission présente des réflexions qui plaident aussi bien en faveur qu'en défaveur de l'introduction de tels instruments.

1.42 Présentation

■ **Le rapport en tant que miroir de la problématique de l'unification**

Les débats de la Commission ont démontré combien le droit de procédure pénale est aujourd'hui encore une matière avant tout cantonale, ce qui se manifeste tout à fait dans l'établissement du rapport. Pour chaque membre de la Commission, son propre droit de procédure pénale cantonale constitue tout naturellement la plus proche référence, quelle que soit sa volonté d'aboutir à l'unification.

Cela apparut particulièrement lors de la traduction en allemand des contributions rédigées en langue française et inversement. Il n'en va pas ici seulement de la confrontation de deux langues, mais bien, sur certains points, de celle de deux représentations différentes du monde juridique; les divergences qui en résultent ne peuvent toujours être résolues par une terminologie différenciée. C'est pourquoi la traduction atteint parfois ses limites, en ce sens que certaines nuances dans une langue ne peuvent être transposées qu'approximativement dans les catégories procédurales de l'autre langue. Afin de rendre attentif le lecteur à ce phénomène, la langue originale sera à chaque fois précisée.

■ **Le concours de plusieurs auteurs**

Plusieurs experts, en particulier les professeurs Piquerez et Riklin, ont fourni au rapport de substantielles contributions. En outre, les membres du secrétariat scientifique ont préparé plusieurs chapitres qu'ils ont soumis à la Commission. Celle-ci s'est efforcée d'observer la plus grande unité possible dans la présentation et dans la terminologie. Mais elle est consciente du fait que, compte tenu de son mode de travail (décrit plus haut), le rapport ne peut pas avoir tout à fait l'allure d'un texte rédigé d'un seul jet.

1.5 Les prochaines étapes

En rendant son rapport au Département fédéral de justice et police (DFJP), la Commission a conclu une première étape sur le chemin d'un code de procédure pénale unifié.

Elle propose au chef du DFJP d'ouvrir l'accès à son rapport aux milieux spécialisés intéressés. Parmi ceux-ci, il faut tout d'abord citer les cantons qui sont le plus directement touchés par le projet, mais aussi les associations des autorités de poursuite pénale de tous les niveaux. Dans le courant de l'année 1998, le présent rapport fera l'objet de discussions avec les principaux intéressés à l'occasion de hearings et de sessions d'étude.

S'il résulte de ces discussions une approbation de principe quant à la direction générale proposée, il pourrait s'ensuivre l'élaboration d'un texte de loi. Celui-ci ne pourrait toutefois guère être mis en procédure de consultation avant l'an 2000.

Le message relatif à ce projet pourrait alors être soumis aux Chambres au début du siècle prochain et le nouveau code de procédure pénale fédéral pourrait entrer en vigueur, sous toutes réserves, aux environs de l'an 2005.

2. Pourquoi un droit de procédure pénale unifié? ¹³

La volonté d'accroître l'efficacité de la lutte contre les formes complexes de crimes transfrontières constitue l'argument principal en faveur de l'unification du droit de procédure pénale. Il existe en outre d'autres raisons pratiques et juridiques qui militent pour ce projet.

2.1 Des décennies de savantes discussions

Depuis l'unification en Suisse du droit pénal matériel, la question de savoir si le temps n'était pas venu de régler aussi sur le plan fédéral le droit de procédure pénale a été constamment débattue. Ces débats se déroulèrent longtemps essentiellement dans les cercles scientifiques.

Il est clair qu'au début les différences entre les lois cantonales de procédure pénale ne parurent entraîner que peu de difficultés pratiques. En tout cas, nombreux furent les juristes qui s'exprimèrent avec scepticisme sur l'idée d'une unification. On estima par exemple "que le morcellement du droit de procédure exerçait certes une influence défavorable sur une application unifiée et accomplie du droit pénal, mais que ces inconvénients n'étaient pas importants au point de paraître susceptibles d'empêcher ou même de compromettre sérieusement l'unité du droit pénal"¹⁴.

La crainte que l'unification du droit de procédure pénale ne conduise à un empiétement substantiel dans le domaine de l'organisation judiciaire relevant de la souveraineté cantonale contribua en outre aux réticences manifestées à l'égard de l'unification du droit de procédure pénale.

Depuis lors, l'orientation des discussions scientifiques s'est nettement modifiée. On ne trouve plus guère de voix dans la littérature récente qui expriment ouvertement le rejet de l'unification du droit de procédure pénale. La doctrine prône l'unification en faisant valoir des arguments fort divers: les uns renvoient de façon générale à une "harmonisation du droit au plan européen"¹⁵,

¹³ Traduit de l'allemand.

¹⁴ WAIBLINGER, Zur Frage der Vereinheitlichung des schweiz. Strafprozessrechts, RPS 1952, p. 217 ss., 220. Dans le même sens se sont exprimés les deux rapporteurs à l'assemblée générale 1946 de la Société suisse des juristes, CAVIN et COMTESSE; cf. RDS 1946 p. 1 ss., respectivement 61a ss.

¹⁵ SCHULTZ, 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, RPS 1992, p. 31.

respectivement au "rapprochement étroit des Etats européens"¹⁶, un autre considère simplement qu'il "serait temps" d'entreprendre, après l'unification du CPS, celle aussi du droit de procédure pénale¹⁷, d'autres font référence à l'harmonisation déjà intervenue en droit de procédure pénale par le biais du droit fédéral et de la jurisprudence suprême¹⁸. Par ailleurs, les auteurs reprennent également pour motiver l'unification la question, importante du point de vue pratique, de l'efficacité¹⁹. Ce n'est que de façon isolée que l'on rencontre encore dans des publications récentes de légères réticences à l'égard d'une œuvre d'unification²⁰.

2.2 Les formes modernes de criminalité comme argument en faveur d'une unification

Depuis quelques années, la discussion autour de l'unification du droit de procédure pénale n'est plus seulement du domaine de la doctrine et de la pratique en matière de droit pénal. Les politiciens et en particulier les cantons sont à leur tour intervenus pour demander l'élaboration d'un code de procédure pénale fédéral²¹. Il est indiscutable que les raisons de cette nouvelle orientation du débat résident dans l'apparition de nouvelles formes de crimes, tels que le crime organisé ou la criminalité économique complexe avec leur caractère transfrontière marqué.

Ce phénomène touche surtout les cantons, auxquels la poursuite incombe également dans ces cas et cela indépendamment du fait qu'ils disposent ou non des moyens nécessaires en personnel et en infrastructure. C'est pourquoi il n'est pas étonnant que, davantage que d'autres, ils ressentent les déficits du système actuel et en souffrent aussi à l'occasion.

La Commission d'experts a traité de ce thème au début de ses travaux et elle a consigné le résultat de ses réflexions dans le rapport intermédiaire de janvier 1995²².

¹⁶ AESCHLIMANN, Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts, RPS 1992, p. 365.

¹⁷ TRECHSEL, Zum "Thesenpapier der Expertenkommission für die Revision des Gesetzes über die Strafrechtspflege", RPS 1991 p. 282 ss., 298.

¹⁸ OBERHOLZER, p. 80; HAUSER/SCHWERI, p. 52. note 2.

¹⁹ Parmi les publications récentes, on peut citer notamment PIQUEREZ (L'avenir), p. 379 ss.; cf. également par exemple, en remontant à des temps plus anciens, l'intervention de H.F. PFENNINGER à l'assemblée générale 1946 de la Société suisse des juristes, RDS 1946, p. 390a à 393a.

²⁰ Ainsi, par exemple, HAUSER/SCHWERI p.52, note 3.

²¹ Cf. supra, chap. 1, ch. 1.1.

²² Cf. supra, chap. 1, ch. 1.33.

Au terme d'une analyse détaillée des déficits actuels dans la poursuite pénale, la Commission arriva à la conclusion qu'il existait des divergences considérables entre les différents codes de procédure pénale (p.ex. quant au modèle de poursuite pénale, au déroulement de la phase préliminaire de la procédure, aux moyens de preuves, aux mesures de contrainte, aux voies de recours contre les décisions des autorités de poursuite); ces divergences étaient susceptibles de compliquer très sérieusement les procédures intéressant plusieurs cantons; elles ne constituaient toutefois pas les seules causes des difficultés rencontrées dans la lutte contre la criminalité complexe.

Mais à côté de cette problématique spécifiquement juridique, la Commission mit en évidence d'autres causes des déficits relevés et ce dans les domaines de l'organisation et des ressources. Ainsi ces déficits entraînent un véritable surmenage au niveau des autorités de poursuite, au moins dans les petits cantons. De l'avis de la Commission, cela a pour conséquence que les cantons ne disposent pas des effectifs et des infrastructures nécessaires dans les corps de police, ainsi qu'à l'échelon des ministères publics et des offices d'instruction pour lutter contre les formes de criminalité évoquées. Par ailleurs, il manque souvent aux autorités de poursuite le know-how idoine: font notamment défaut des analystes financiers, des spécialistes en informatique et des économistes d'entreprise. Cela pourrait être aussi une des raisons pour lesquelles les procédures compliquées durent beaucoup trop longtemps.

Cette analyse conduit également à plusieurs propositions spécifiques de la Commission (p.ex. extension des compétences de procédure de la Confédération), qui firent l'objet d'autres projets.

Les problèmes liés au crime complexe et transfrontière peuvent en tout cas prétendre avoir fourni la *raison* directe d'empêcher les travaux d'unification.

2.3 Autres arguments pour une unification

A côté d'un allègement et, partant d'une meilleure efficacité de la conduite intercantonale de la procédure, ce qui représente indubitablement un argument important et très actuel en faveur de l'unification du droit de procédure pénale, on peut citer toute une série d'autres motifs qui tous appellent à l'élaboration d'un code de procédure pénale fédéral²³.

²³ Cf. sur ce point également le rapport intermédiaire de la Commission d'experts, p. 9 s.

■ *Achèvement d'une harmonisation ébauchée*

La jurisprudence suprême (celle du Tribunal fédéral et celle de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg) a entraîné au cours de la dernière décennie une forte harmonisation entre les différents codes de procédure pénale et cela non point sur des questions secondaires, mais souvent sur des questions juridiques essentielles (p.ex. la séparation entre le juge de l'instruction et celui du jugement)²⁴.

Différentes lois fédérales ont aussi contribué à cette harmonisation. En 1979, les cantons étaient invités par la loi fédérale sur la protection de la vie privée²⁵ à réviser les dispositions de leurs codes de procédure pénale relatives à la surveillance des postes et des télécommunications; lors des travaux respectifs de révision législative, les cantons prirent en général pour modèle la nouvelle réglementation de la loi sur la procédure pénale fédérale. Des modifications beaucoup plus incisives furent exigées par la section "Protection et droits de la victime dans la procédure pénale" de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions²⁶; les cantons étaient invités à revoir l'ensemble de leurs réglementation sur les droits des parties.

A cela s'ajoute le fait que dans le cadre de la révision des lois de procédure cantonales auxquelles il a été procédé au cours des dernières décennies, de nombreux emprunts ont été faits aux codes d'autres cantons, de sorte que les "points communs ne sont pas à négliger"²⁷.

On ne peut évidemment pas prétendre que compte tenu de ce "processus d'unification à froid" une unification formelle du droit n'est plus nécessaire²⁸. Il s'agit bien plutôt d'achever le processus d'harmonisation déjà avancé.

■ *Davantage de sécurité juridique et d'égalité devant la loi*

Les divergences entre les codes de procédure pénale sont une source d'insécurité juridique qui, selon les circonstances, est susceptible de porter atteinte à la position juridique de l'individu. Que l'on songe notamment aux difficultés que peut déjà rencontrer un avocat (sans parler d'un profane) à saisir l'itinéraire procédural d'un canton autre que le sien, de façon à ce qu'il puisse conseiller correctement son client²⁹. Souvent la seule connaissance du texte de

²⁴ Cf. les particularités dans l'annexe au rapport intermédiaire de la Commission d'experts ("Zum Einfluss der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf das Strafprozessrecht der Kantone"); de même, OBERHOLZER, p. 10.

²⁵ RO 1979, 1170, 1179; par les effets modificateurs de cette loi, les art. 179octies et 400bis CPS fixaient des règles minimales pour le droit cantonal.

²⁶ RS 312.5.

²⁷ HAUSER/SCHWERTI, p. 52, note 2.

²⁸ Conseiller aux Etats Rhinow dans BO 1995 E, 330.

²⁹ Cf. FRITZSCHE, cité dans RDS 1962, 2^e vol., p. 409.

loi ne suffit pas; les finesses ressortent de la pratique des tribunaux, d'accès souvent difficile, ou des usages.

De telles difficultés peuvent également apparaître dans la mise en oeuvre d'une décision, qu'elle émane des instances de Strasbourg ou du Tribunal fédéral. Il va de soi que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui déploient en principe des effets généraux, pourraient être plus aisément mis en oeuvre, si un seul code de procédure pénale devait être adapté plutôt que 29.

La question "quel code appliquer?", qui surgit dans presque chaque affaire à caractère intercantonal et à laquelle il n'est pas toujours aisé de répondre, conduit naturellement aussi à des inégalités de traitement plus ou moins prononcées³⁰. Un arrêt rendu récemment contre la Suisse par la Cour européenne des droits de l'homme est à cet égard particulièrement frappant: un prévenu en détention préventive fut transféré, à plusieurs reprises et dans un court laps de temps, d'un canton à un autre, de sorte que son droit au contrôle judiciaire de sa détention à bref délai fut gravement méconnu³¹. La Commission est d'avis que dans le domaine de la poursuite pénale le prix à payer pour le maintien de particularités fédéralistes est beaucoup trop élevé.

■ **Application mieux unifiée du droit fédéral**

Même si on ne peut pas prétendre que le morcellement du droit de procédure empêche véritablement toute application uniforme du droit fédéral³², il ne faut cependant pas perdre de vue que le droit matériel et le droit de procédure sont étroitement liés. La règle de procédure est en quelque sorte la prolongation de la règle matérielle, ce qui signifie que les deux doivent être accordées le mieux possible³³.

■ **Meilleure maîtrise de la matière par la doctrine**

Il existe certes toute une série de manuels et de monographies qui traitent du droit de procédure pénale en Suisse. Néanmoins l'*approche* scientifique de cette matière est rendue difficile dans notre pays par le fait de son morcellement. Il est exclu, même pour un bon connaisseur des différents codes cantonaux et en raison de la multiplicité de ceux-ci, de maîtriser entièrement le droit *suisse* de procédure pénale. C'est pourquoi, et cela est symptomatique, la plupart des ouvrages importants se fondent sur le droit de procédure d'*un seul* canton et développent à partir de cette base des principes d'application générale³⁴.

³⁰ Cf. aussi PIQUEREZ (L'avenir), p.391.

³¹ Cf. Arrêt du 26.9.97 dans l'affaire R.M.D. c. Suisse (81/1996/700/892)

³² Voir supra ch. 2.1.

³³ Cf. le message pour une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I, 525.

³⁴ Dans le même sens PIQUEREZ (L'avenir), p. 381, qui parle sans détours d'effets désastreux du morcellement du droit.

Des problèmes analogues apparaissent au niveau de l'enseignement, en ce sens qu'en comparaison avec d'autres branches du droit, une image d'ensemble de la législation *suisse* de procédure ne peut être transmise aux étudiants que de manière relative. Cette vision des choses souvent fragmentaire se reporte nécessairement sur les autorités d'application du droit.

Cette vue d'ensemble laborieuse se fait sentir de manière toute particulière, lorsque, par exemple, un domaine précis de la procédure pénale suisse doit être présenté dans le cadre d'un congrès international³⁵.

Il est hors de doute que la recherche et l'enseignement profiteraient largement d'un droit de procédure pénale unifié, ce qui produirait, répétons le, des effets favorables sur l'application du droit.

■ **Engagement plus aisé du personnel dans les relations intercantionales**

Les acteurs de la justice pénale sont aujourd'hui rattachés de fait aux cantons dont ils ont une expérience approfondie de la procédure. L'unification des lois de procédure pénale conduirait à une plus grande perméabilité des frontières cantonales pour les praticiens; cela déboucherait à leur avantage sur de meilleures perspectives de carrière et, à l'avantage des cantons, sur un plus grand potentiel en personnel qualifié. De plus, la mise sur pied d'un enseignement spécialisé spécifique pour hauts fonctionnaires de la justice (école de magistrature) ne pourrait être judicieusement concrétisée que pour autant qu'une législation unifiée de procédure pénale soit en place.

2.4 Renonciation à une unification seulement partielle

La Commission discuta également de la question de savoir si une unification seulement partielle pouvait le cas échéant entrer en considération. Elle écarte nettement cette hypothèse et renonce aussi à l'idée d'une simple loi-cadre. En effet, seule une unification *totale* du droit de procédure pénale, qui doit revêtir la forme d'une loi fédérale, est susceptible de conduire à un accroissement sensible de l'efficacité dans le domaine de la poursuite pénale. Mais surtout une simple loi-cadre ne pourrait que partiellement remédier à l'insécurité juridique engendrée par la situation actuelle. Cela serait aussi préjudiciable à l'objectif poursuivi d'égalité devant la loi. De tels inconvénients ne sont pas seulement gênants sur le plan national; ils exercent aussi une influence négative non négligeable sur l'entraide judiciaire internationale, dont l'importance s'accroît toujours davantage.

³⁵ Voir à ce propos les observations anecdotiques de PFENNINGER, op.cit., RDS 1946, p.391a.

2.5 En bref: une codification pour le futur

L'unification du droit de procédure pénale ne résoudra évidemment pas tous les problèmes qui se posent dans ce domaine du droit. Mais on peut, en toute bonne conscience, en attendre une nette amélioration de la situation actuelle. Et ceci notamment s'agissant de l'efficacité de la poursuite pénale, de la sécurité du droit, de l'égalité de traitement, ainsi que de la maîtrise de la matière par la doctrine.

C'est à juste titre que cette perspective concrète et pratique de l'œuvre d'unification est d'emblée soulignée; il ne faut toutefois pas perdre de vue un *élément de nature idéale*: avec l'unification du droit de procédure pénale serait ainsi entreprise, au seuil d'un siècle nouveau, quasiment une des *dernières grandes codifications globales* de la Suisse. De cette façon serait accomplie une tâche législative pendante depuis l'entrée en vigueur du code pénal en 1942 sous une forme convenant bien au nouveau siècle, respectivement au nouveau millénaire.

3.1 Le modèle de poursuite pénale dans un code de procédure unifié ³⁶

Pour que le code de procédure pénale fédéral ne reste pas une simple loi-cadre, le choix d'un modèle unifié de poursuite pénale est inéluctable. La Commission plaide en faveur d'une phase préliminaire qui soit placée dès le début sous la direction d'un juge d'instruction indépendant et dans laquelle le ministère public intervient exclusivement comme partie.

3.11 Principaux types d'organisations judiciaires dans le droit actuel

L'articulation de la phase préliminaire du procès, soit celle de l'organisation de l'enquête et de l'instruction des affaires pénales jusqu'à la mise en accusation (renvoi), constitue une caractéristique importante de chaque code de procédure pénale. L'influence des traditions juridiques particulières et des différentes périodes d'élaboration des lois conduit précisément dans ce domaine à une dispersion marquée du droit de procédure. Pourtant, les lois de procédure en vigueur peuvent être rangées en catégories selon les modèles d'organisation judiciaire particuliers auxquels elles se rattachent: en simplifiant quelque peu, on distingue quatre *modèles* qui seront ci-après désignés comme modèles juge d'instruction I et II et modèles ministère public I et II. Cette classification souligne déjà le fait que la caractéristique fondamentale qu'elle met en évidence est la question de savoir si, pour l'essentiel, la phase préliminaire est conduite par un juge d'instruction ou plutôt par un procureur.

3.111 Modèle juge d'instruction I

Est en première ligne déterminant pour ce modèle d'organisation le fait que l'ensemble de la phase préliminaire est placée sous la direction d'un *juge d'instruction indépendant*. Cette phase se déroule en un seul temps, en ce sens qu'elle ne se décompose pas en une procédure d'enquête et une procédure d'instruction distinctes. La police judiciaire est subordonnée au juge d'instruction dès la commission de l'infraction. Par conséquent, il incombe également au juge

³⁶ Traduit de l'allemand.

d'instruction de décider de l'ouverture de la poursuite, respectivement du classement de la procédure, et le magistrat est également compétent pour rendre des ordonnances pénales. Dans son domaine d'activité, il n'est en aucune manière lié par des instructions du ministère public; cela vaut également à l'égard du tribunal supérieur (chambre d'accusation), sauf lorsque celui-ci tranche des recours ou d'autres moyens de droit dirigés contre la manière dont le juge d'instruction administre sa charge.

Ce modèle est caractérisé par le fait que le ministère public ne dispose d'aucune compétence propre en matière d'enquête. Il intervient en qualité de partie au stade de l'ouverture de la poursuite, au cours de l'instruction et à l'occasion du renvoi, puis il soutient l'accusation devant les tribunaux.

Sont rattachés au modèle juge d'instruction I les codes de procédure des cantons de GL, ZG, FR, SO, VD et VS.

3.112 Modèle juge d'instruction II

La caractéristique centrale du modèle juge d'instruction II et en même temps la différence principale d'avec le modèle juge d'instruction I tient en ce que le juge d'instruction est soumis au *pouvoir d'instruction du ministère public*. En d'autres termes, il existe un partage de compétences entre le juge d'instruction (respectivement le fonctionnaire enquêteur) et le ministère public quant à la conduite de la procédure et parfois également quant à la représentation de l'accusation. La mesure de la dépendance du juge d'instruction à l'égard du ministère public est variable: dans certains cantons qui connaissent le modèle juge d'instruction II, le juge d'instruction agit de façon indépendante, sinon juridiquement, du moins effectivement; dans d'autres cantons en revanche, le procureur peut apparaître, sur la base de pouvoirs étendus de participation, de surveillance et d'instruction, comme le véritable maître de la procédure.

Relèvent du modèle juge d'instruction II les codes de procédure des cantons de ZH, BE, LU, SZ, OW, NW, BL, SH, AR, AI, SG, GR et TG.

3.113 Modèle ministère public I

Ce modèle est marqué par une *bipartition de la phase préliminaire*: le ministère public (et non pas le juge d'instruction) dirige la police judiciaire dans l'enquête préliminaire, à l'issue de laquelle il décide de la suite à donner à la poursuite pénale. Le juge d'instruction, indépendant, n'intervient que lorsqu'il a été saisi par

le procureur. Après clôture de l'information par le juge d'instruction, le procureur est de nouveau compétent pour dresser l'acte d'accusation ou rendre une ordonnance de non-lieu.

Dans ce système, l'intervention de la police judiciaire ne se limite pas aux premières investigations et le procureur peut aussi ordonner des mesures de contrainte. En revanche, si l'accent est mis sur l'instruction, ce système pourrait tout aussi bien être qualifié de modèle juge d'instruction III.

Le système du ministère public I tire ses origines de la France. Il existe dans les cantons de UR, AG, NE, GE et JU et en procédure pénale fédérale.

3.114 Modèle ministère public II

Le modèle ministère public II est caractérisé par l'absence totale d'un juge d'instruction. Le procureur statue sur l'ouverture des poursuites; il dirige seul les investigations et est partie aux débats. Sa forte position institutionnelle, combinée à sa fonction d'accusateur, implique la mise en place de garanties juridictionnelles: c'est ainsi que, pour décerner les mandats d'arrêt et autoriser d'autres mesures de contrainte limitant les libertés, l'intervention d'un juge des libertés est nécessaire. Par ailleurs, le bien-fondé de l'accusation doit être contrôlé judiciairement dans une procédure intermédiaire. Comme signe distinctif du modèle ministère public II, ce modèle exige un respect strict du principe d'immédiateté lors des débats.

Le modèle ministère public II existe en procédure pénale allemande et italienne. En Suisse, il est en vigueur dans les cantons de BS et TI.

3.12 Avantages et inconvénients des différents modèles de poursuite pénale

3.121 Généralités

La problématique des différentes solutions que l'on rencontre dans le paysage procédural suisse a rapidement démontré que "le" modèle de poursuite pénale qui l'emporterait sur tous les autres n'existe pas. La pratique met en outre en évidence que le déroulement effectif de la phase préliminaire n'est influencé que de façon limitée par le choix du modèle.

D'autres paramètres sont tout aussi importants. Parmi ceux-ci on peut citer le degré de développement des droits de la défense et surtout l'intensité de la participation de l'avocat (selon les cas, par exemple, le modèle juge d'instruction II se rapproche davantage du modèle juge d'instruction I ou du modèle ministère public II); ce qui est en outre déterminant c'est la relation étroite entre les investigations de police judiciaire et l'instruction (plus la procédure d'enquête est brève, plus est étroite la parenté entre le modèle ministère public I et le modèle juge d'instruction I); il convient enfin de mentionner la qualité des magistrats engagés, leur formation et leur spécialisation, ainsi que les moyens dont ils disposent.

Le choix du modèle ne devrait dès lors *pas* être *idéologisé*, indépendamment de la signification centrale qui lui revient dans le cadre de l'unification. Si l'on examine les différents systèmes à la lumière des exigences essentielles posées par un code de procédure moderne – il s'agit avant tout de l'efficacité et de la conformité à l'Etat de droit – il est incontestable que tous les modèles représentés dans le droit de procédure suisse (que l'on retrouve du reste également dans les codes de procédure étrangers) sont susceptibles d'être développés selon ces exigences essentielles.

La Commission a procédé néanmoins à une évaluation des différents modèles et à une comparaison de leurs avantages et inconvénients; elle est arrivée à la conclusion qu'un code de procédure pénale suisse unifié ne pouvait pas laisser ouverte la question du choix du modèle (voir pour plus de précisions infra ch. 3.132).

Pour éviter des répétitions, deux modèles de base seront comparés ci-après: la *phase préliminaire avec juge d'instruction* (modèles juge d'instruction I et II, ainsi que modèle ministère public I) et la *phase préliminaire sans juge d'instruction* (modèle ministère public II).

3.122 Phase préliminaire avec juge d'instruction

Les arguments suivants peuvent être avancés en faveur d'une phase préliminaire avec juge d'instruction:

- Une procédure avec juge d'instruction semble offrir de meilleures garanties pour une *procédure conforme à l'Etat de droit*, sans que pour autant l'efficacité de la procédure pénale en souffre.
- Le modèle juge d'instruction jouit d'une tradition longue et éprouvée dans une majorité de cantons.
- Un modèle sans juge d'instruction n'aurait dès lors politiquement guère de chance d'être reçu, car la Confédération, et surtout 24 cantons, devraient

abolir le juge d'instruction ou pour le moins lui attribuer des fonctions essentiellement différentes.

- Dans les cas complexes, il est essentiel que *deux personnes* examinent le dossier dans des perspectives différentes.
- Du point de vue de la *protection de l'accusé* et de la qualité de la procédure, il paraît inapproprié que le procureur intervienne d'abord comme directeur de l'enquête et finalement comme partie adverse du prévenu.
- Pour l'accusé il n'est pas indifférent que des accusations injustifiées soient déjà reconnues comme telles et liquidées dans la phase préliminaire (ce en quoi la phase préliminaire diligentée par un juge d'instruction offre de meilleures garanties) ou que cela n'intervienne qu'au cours des débats (publics).
- Un modèle ministère public sans juge d'instruction doit compenser l'absence d'une phase d'enquête judiciaire par des *garanties étendues* (en particulier, introduction d'un juge des libertés, octroi d'un droit de recours contre les actes d'enquête, institution d'une procédure de mise en accusation, application renforcée du principe de l'immédiateté aux débats).
- De telles garanties compensatoires battent en brèche le gain d'efficacité que l'on attend du modèle ministère public.

3.123 Phase préliminaire sans juge d'instruction

Les motifs suivants peuvent être avancés en faveur de la phase préliminaire sans juge d'instruction:

- Une phase préliminaire sans juge d'instruction *évite le travail à double*, en ce sens que la responsabilité pour la direction de l'enquête reste en mains d'un seul magistrat. Dès lors le modèle semble être le plus efficace.
- Le fait que la conduite de l'instruction soit placée dans les mains de la même personne ou à tout le moins de la même autorité qui ultérieurement devra également présenter le cas au tribunal crée un sentiment accru de responsabilité pour la direction de l'enquête.
- Le modèle institue des rapports clairs face au prévenu, précisément parce que celui-ci ne se trouve pas en face d'un juge d'instruction; ainsi l'exercice des droits de la défense à un stade précoce ne peut lui être refusé.
- Le principe du double contrôle qui est avancé en faveur du modèle juge d'instruction ne déploie dans la pratique que des effets limités. Il n'entre en ligne de compte que lorsque le procureur *et* le juge d'instruction examinent le cas véritablement à fond et indépendamment l'un de l'autre. Mais justement

ce n'est pas fréquemment le cas, du fait que le ministère public instruit déjà ses affaires de façon complète, le juge d'instruction n'entrant pas véritablement en jeu, ou parce que le juge d'instruction traite le cas dès le début et avant tout avec la vision d'un procureur, non pas comme un juge, mais comme un fonctionnaire enquêteur.

- Au procureur incombe un devoir d'*objectivité*; à l'égard du prévenu, il doit prendre en compte aussi bien les circonstances à charge, que celles à décharge.
- Dans l'abstrait, ne peut être considéré comme un juge véritablement indépendant qu'une personne qui n'a aucun intérêt propre dans l'issue de la procédure. Cela vaut pour le juge de la détention et de l'enquête, qui se tient à l'extérieur de la procédure, mais pas pour un juge d'instruction.

3.13 Choix d'un modèle de poursuite pénale et motivation

3.131 Nécessité du choix

La Commission a fait sien le principe selon lequel un code de procédure pénale unifié ne doit empiéter sur l'organisation judiciaire des cantons que si cela est absolument nécessaire. Elle est aussi convaincue qu'en principe tous les modèles représentés dans le droit en vigueur de procédure pénale permettent une poursuite pénale efficace et conforme à l'Etat de droit. La Commission a dès lors examiné s'il n'était pas possible de prévoir un code de procédure susceptible de s'appliquer à tous ces modèles. Le nouveau code de procédure devrait, dans ce cas, définir et déterminer les fonctions des autorités de façon très générale³⁷. Un tel mode de procéder ne correspondrait toutefois plus aux exigences de l'unification de la procédure. Ainsi, par exemple, on pourrait difficilement prévoir que l'autorité d'accusation, soit le ministère public, est hiérarchiquement supérieure à l'autorité d'instruction à laquelle elle peut donner des directives, si en même temps et dans un autre canton sa compétence est limitée à la formulation de simples réquisitions. En outre, certaines mesures de contrainte devraient, selon le modèle, être ordonnées tantôt par le juge d'instruction, tantôt par l'autorité d'accusation ou même par une autorité judiciaire (juge des investigations).

Cela vaut également pour beaucoup d'autres décisions, essentielles pour la marche de la procédure: par exemple pour l'ouverture, respectivement le classement, de la procédure, l'ordonnance pénale, la mise en accusation. Eu

³⁷ Autorités d'enquête et d'instruction, autorités d'accusation, autorités judiciaires (p.ex. juge de la détention).

égard aux interdépendances multiples entre les différentes phases de la procédure, de nombreuses autres réglementations devraient être alternativement formulées s'agissant de la répartition des rôles entre les autorités d'instruction, d'accusation et judiciaires. Le code de procédure pénale fédéral serait ainsi réduit à une loi-cadre difficile à rédiger, qui, dans le meilleur des cas, serait susceptible d'harmoniser les divers éléments de la procédure. Cela ne correspondrait toutefois pas au mandat politique clair confié par le Conseil fédéral et le Parlement, qui tend à une véritable unification du droit de procédure pénale.

Dans ces circonstances, la Commission a estimé qu'il était inévitable de choisir un des modèles décrits sous chiffre 3.11, ci-dessus.

3.132 Préférence pour le modèle juge d'instruction I

Le choix du modèle, comme déjà dit, ne constitue que dans une mesure limitée une condition, voire un garant, pour une procédure juridiquement irréprochable et en même temps efficace. De même est-il admis qu'en principe tous les modèles de poursuite pénale connus et pratiqués sont valables. Dans cette mesure, chacun de ces modèles pourrait en soi servir de base pour un code de procédure pénale unifié.

Si l'efficacité et la conformité à l'Etat de droit avaient été les seuls critères, la Commission n'aurait guère pu aboutir à une décision de majorité sur l'un ou l'autre des quatre modèles. Mais ce qui revêt une importance essentielle, c'est que le modèle choisi ne conduise pas à un changement fondamental de système, et n'exige, pour le plus grand nombre possible de cantons, que des adaptations mesurées et acceptables de l'organisation judiciaire en vigueur. Si une entente fait défaut au sujet du modèle de procédure pénale, il est à craindre, selon ce qui a été exposé plus haut, que le projet de réforme dans son ensemble échoue.

C'est pourquoi le modèle qui pourrait le mieux être accepté est celui qui contraindrait le moins les cantons à l'abandon de structures familières et qui pourrait être réalisé avec les plus faibles modifications organisationnelles et personnelles possibles.

La majorité de la Commission est arrivée à la conclusion que le *modèle juge d'instruction I* était celui qui répondait le mieux à ces conditions. De fait, ce modèle serait susceptible d'être introduit avec des modifications comparativement modestes et des dépenses limitées dans les 18 cantons (cf. supra ch. 3.131) qui aujourd'hui connaissent les modèles juge d'instruction II et ministère public I.

Par ailleurs, les avantages qui, de façon générale, sont attachés à une phase préliminaire avec juge d'instruction (supra ch. 3.12) trouvent leur réalisation la plus efficace dans le modèle juge d'instruction I.

Enfin, ce modèle présente des *mérites* spécifiques qui ont un certain poids:

- Le modèle juge d'instruction I offre un *rapport équilibré* entre l'économie du procès et le principe du double contrôle. Il réalise une certaine *séparation des fonctions*, en ce sens que la responsabilité de l'accusation est conférée à une autre personne, respectivement une autre autorité, que le juge d'instruction.
- La procès est placé sous la responsabilité d'un *juge indépendant* dès le départ, soit déjà au stade des investigations de police judiciaire.
- Dans la phase préliminaire de la procédure, le procureur et le prévenu sont placés, en tant que parties, *sur pied d'égalité*. Ils peuvent tous deux participer à la procédure et faire usage des voies de recours.
- A l'inverse des autres modèles, l'institution d'un *juge de la détention ne s'impose pas*. De manière générale, le modèle juge d'instruction I devrait générer moins de problèmes que celui du juge d'instruction II, compte tenu des éventuels développements de la jurisprudence de Strasbourg.
- Ce modèle permet une importante *décharge des débats*, en ce qu'il aboutit à l'assouplissement du principe d'immédiateté et qu'il génère ainsi l'économie du procès.
- Le juge d'instruction indépendant est le *juge de l'ordonnance pénale* et il est particulièrement bien placé pour appliquer un principe de l'opportunité limitée. Ces moyens propres à décharger la procédure peuvent dès lors être largement mis en œuvre.
- Le système du modèle juge d'instruction I peut finalement être aussi *flexible à pratiquer* que cela paraît approprié pour affronter tant la petite délinquance bagatelle que la criminalité lourde et complexe.

3.14 Incidences du choix du modèle sur l'organisation judiciaire

Le choix du modèle juge d'instruction I pour le code de procédure pénale suisse unifié a évidemment des répercussions sur l'organisation de la justice pénale dans les cantons, qui, aujourd'hui, suivent un des autres modèles (modèle juge d'instruction II, modèles ministère public I ou II). Ces conséquences concernent en premier lieu l'organisation des autorités d'instruction et d'accusation.

3.141 Incidences dans les cantons qui connaissent le modèle juge d'instruction II

Dans les cantons qui connaissent le modèle juge d'instruction II, la position du juge d'instruction devra, par référence aux garanties de l'article 5, ch. 3, CEDH, être conçue de telle manière que le magistrat soit investi de la fonction d'un juge indépendant. Il convient dès lors de veiller à ce qu'aucune autre autorité ne puisse exercer une influence dans son domaine de décision en lui adressant des directives. Par conséquent, le droit de donner des instructions et les compétences d'investigation du ministère public doivent être abolis, même là où en pratique il n'est guère fait un usage effectif de ces compétences.

Par ailleurs, la police judiciaire doit, partout où ce n'est pas déjà le cas, être placée sous la direction et la surveillance du juge d'instruction. Eu égard à la nouvelle répartition des rôles entre le juge d'instruction (directeur unique de l'enquête) et le ministère public (partie dans la phase préliminaire et accusateur aux débats), des ajustements plus ou moins importants devraient être opérés dans la répartition quantitative des procureurs et des juges d'instruction; toutefois, le nombre total cumulé des juges d'instruction et procureurs nécessaires ne devrait guère changer de manière importante.

3.142 Incidences dans les cantons qui connaissent le modèle ministère public I

Dans les codes de procédure qui suivent le modèle ministère public I, il en va essentiellement d'un déplacement de compétences du ministère public au juge d'instruction; le ministère public est réduit aux fonctions de partie et d'autorité d'accusation; en particulier ses compétences d'enquête et de surveillance de la police judiciaire sont transférées au juge d'instruction. Par conséquent, le nombre des juges d'instruction devra être sensiblement augmenté au détriment de celui des procureurs. En revanche, il ne devrait pas être nécessaire de procéder à des changements relatifs à la position institutionnelle du juge d'instruction (indépendance).

3.143 Incidences dans les cantons qui connaissent le modèle ministère public II

Dans les cantons qui connaissent le modèle ministère public II, le passage au modèle juge d'instruction I implique l'introduction (ou la réintroduction) des juges d'instruction. Cette contrainte constitue un empiétement relativement sensible sur l'organisation judiciaire, si l'on songe que les deux cantons concernés, Tessin et Bâle-Ville, ont renoncé en connaissance de cause et même, pour l'un d'eux, récemment au juge d'instruction.

Concrètement, la conversion dans le modèle juge d'instruction I pourrait être réalisée par la transformation d'une grande partie des postes de procureurs en postes de juges d'instruction. Mais, en même temps, des mesures d'organisation sont ici également nécessaires, afin que l'indépendance du juge d'instruction soit garantie et que son droit de surveillance sur la police judiciaire soit aménagé. A cet effet, il faudra particulièrement veiller à ce que les procureurs, mués en juges d'instruction, soient à nouveau chargés de tâches qui n'étaient pas de leur ressort dans leur précédente fonction.

De façon générale, le changement de système ne devrait pas entraîner, ici non plus, un bouleversement de la procédure. Néanmoins, c'est dans ce système que les incidences sur l'organisation judiciaire seront les plus marquées.

3.144 Conséquences pour d'autres autorités judiciaires

L'introduction du modèle juge d'instruction I a également des incidences, pour le moins indirectes, sur les autres autorités judiciaires appelées à intervenir dans le procès pénal. C'est ainsi qu'on peut sans autre renoncer à l'institution du juge de la détention. Dans le modèle ministère public II, des allègements résultent du départ du juge des investigations. Dès l'instant où, dans le modèle juge d'instruction I, le contrôle judiciaire de l'accusation devient également superflu, cela représente pour certains cantons d'autres simplifications supplémentaires d'organisation judiciaire.

Considérée globalement, l'introduction du modèle juge d'instruction I devrait conduire pour une majorité de cantons à une réduction de la charge de leurs tribunaux pénaux. Cela vaut notamment pour les juridictions de première instance, d'une part parce que le juge d'instruction devient compétent de façon générale pour décerner des ordonnances pénales; d'autre part, l'application d'un principe de l'opportunité limité devrait en fin de compte aboutir à une diminution de leur tâche.

Pourtant, l'ajustement le plus important devrait résulter de l'assouplissement du principe d'immédiateté aux débats. En particulier, cela devrait conduire, dans les cantons qui jusqu'ici appliquaient un principe d'immédiateté stricte, à un certain transfert des compétences des tribunaux de première instance vers les juges d'instruction.

3.15 Le point de vue de la minorité de la Commission

La minorité de la Commission plaide en faveur du *modèle ministère public I*. Elle avance notamment les motifs suivants:

- Le modèle ministère public I offre pratiquement *tous les avantages* du modèle juge d'instruction I (cf. supra ch.3.13): dès l'instant où il en va d'affaires d'une certaine envergure, la séparation des pouvoirs est respectée dans la phase préliminaire et c'est un juge d'instruction indépendant qui est investi de la responsabilité. Le modèle est compatible avec la CEDH; il permet un assouplissement du principe d'immédiateté et autorise le prononcé aussi bien de décisions de l'opportunité que d'ordonnances pénales.
- Pour la *petite criminalité*, le modèle ministère public I est plus efficace que le modèle juge d'instruction I. Le premier magistrat qui se penche sur le dossier, soit le procureur, décerne une ordonnance pénale dès que des charges suffisantes sont réunies; il permet aussi de classer les cas non-punissables ou qui ne méritent pas une sanction. Pour la petite criminalité, on peut renoncer au principe du double contrôle.
- Le modèle ministère public I engage dès le début la responsabilité du ministère public pour la procédure pénale, au contraire du modèle juge d'instruction I, où le procureur n'entre en jeu la plupart du temps qu'après la clôture de l'instruction. La question de la responsabilité est d'une importance fondamentale: seul celui qui, dès le début, connaît la procédure et qui a procédé aux premiers examens peut être rendu responsable devant le tribunal des lacunes de l'instruction.
- Dans le modèle juge d'instruction I, la *surveillance* sur les juges d'instruction est conçue de manière plutôt ténue, alors que, dans le modèle ministère public I, elle est assurée par la mise en œuvre précoce du procureur. Celui-ci peut, du fait qu'il a connaissance de tous les dossiers, exercer un contrôle efficace et, cas échéant, faire usage des voies de recours, par exemple pour retard injustifié.
- Si le modèle ministère public I n'est pas largement répandu en Suisse, on peut en dire autant du modèle juge d'instruction I. En revanche, les

conséquences pour les cantons, dans l'hypothèse du choix du modèle ministère public I, devraient être moins rigoureuses que pour le modèle juge d'instruction I. En particulier, partout où le ministère public exerçait jusqu'ici une forte influence sur l'instruction (notamment dans les cantons appartenant aux modèles juge d'instruction II et ministère public II), le passage au modèle ministère public I est plus aisé à réaliser que le passage au modèle juge d'instruction I.

- Le risque, dans le modèle ministère public I, de voir la saisine des juges d'instruction réduite à un faible nombre de cas peut sans autre être écarté par des dispositions légales topiques. On peut ainsi envisager de limiter le renvoi direct au tribunal aux hypothèses dans lesquelles une ordonnance pénale du ministère public est frappée d'opposition et de prévoir une instruction obligatoire pour tous les autres cas. Mais le danger d'une réduction de l'instruction peut également être prévenu par des dispositions moins strictes, par exemple sous la forme d'une liste positive prescrivant les cas où une instruction doit être ordonnée ou par l'obligation de prévoir l'instruction pour les affaires qui doivent être jugées par un tribunal collégial.
- Tout bien considéré, le modèle ministère public I constitue un compromis équilibré entre les exigences de l'Etat de droit et l'efficacité de la procédure.

La Commission a renoncé à retenir le modèle ministère public I dans son esquisse d'un futur droit suisse de procédure pénale. Le choix de la solution alternative impliquerait certaines modifications, à vrai dire pas très importantes, du système retenu par la majorité. Devraient être en particulier adaptées les parties concernant:

- les autorités de poursuite pénale,
- les moyens de preuves (le procureur apparaîtrait aussi comme acteur),
- les mesures de contrainte (si on entend confier des compétences au procureur dans ce domaine),
- l'ouverture des poursuites,
- l'enquête de police,
- l'ouverture et la clôture de l'instruction,
- les procédures spéciales (notamment la procédure de l'ordonnance pénale).

3.2 Conséquences pour la Confédération et les cantons ³⁸

La Confédération et les cantons devront adapter leurs législations et leur organisation du fait de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale unifié. Ces modifications ont toutefois un caractère unique, et il en résultera de nombreuses possibilités d'augmenter l'efficacité de la justice et de réaliser des économies.

3.21 Aperçu

L'unification de la procédure pénale suisse a des conséquences pour la Confédération et les cantons. Les avantages décisifs d'une codification ont déjà été décrits (chiffre 2); les effets directs du choix du modèle pour la phase préliminaire de la procédure ont déjà été discutés (chiffre 3.14). Les répercussions de l'unification ne se limitent cependant pas à ces deux points. Il convient d'indiquer ici les devoirs les plus importants qui incombent à la Confédération et aux cantons *sur le plan de la législation et de l'organisation judiciaire* du fait de l'entrée en vigueur d'un code suisse de procédure pénale.

3.22 Législation nécessaire

L'adoption d'un code suisse de procédure pénale entraîne à plusieurs égards des modifications législatives indispensables.

3.221 Dans les cantons

Les cantons auront au moins les tâches suivantes :

- Ils devront, dans le domaine d'application du code fédéral de procédure pénale, abroger le droit de procédure "*processuel*" (à savoir les dispositions

³⁸ Traduit de l'allemand.

de leur droit de procédure pénale qui ne concernent pas l'organisation judiciaire).

- Ils devront réviser leurs réglementations dans les domaines que le nouveau droit fédéral *ne traite pas* (poursuite des affaires pénales de droit cantonal ; procédure pénale des mineurs éventuellement).
- Ils devront adapter les *règles d'organisation* et notamment attribuer à leurs différentes autorités les tâches qui résultent du nouveau droit fédéral ; la création de nouvelles autorités ou la modification de la structure des autorités existantes sera en partie nécessaire, ce qui exigera généralement la modification des lois actuelles ou l'adoption de nouvelles lois.
- Les cantons qui ont ancré dans leur constitution des règles particulières de procédure pénale ou d'organisation judiciaire devront revoir ces dispositions et, le cas échéant, les rédiger de façon plus générale ou les biffer³⁹.

Ces dépenses sont cependant *uniques* et il en résultera des *économies* ultérieures. Dans le passé, les cantons devaient très souvent adapter leur droit de procédure pénale à l'état le plus récent sur le plan juridique et social. A l'avenir, cette tâche incombera à la Confédération seule ; les modifications de la jurisprudence du Tribunal fédéral ou de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg ne devront plus être reprises dans les 26 lois cantonales de procédure.

3.222 Au niveau de la Confédération

L'unification du droit de procédure pénale a également des répercussions sur plusieurs lois fédérales:

- De larges parties de la *loi fédérale sur la procédure pénale* (PPF ; RS 312.0), notamment la deuxième partie, devront nécessairement être abrogées. La première partie (art. 1 à 18 PPF) relative à l'organisation des tribunaux de répression de la Confédération devra être remplacée le plus tôt possible par une loi d'introduction au nouveau code de procédure pénale.

³⁹ Cela concerne en particulier le canton de Genève qui aux art. 12 à 38 de sa constitution, sous le titre "Liberté individuelle et inviolabilité du domicile" règle de manière très détaillée l'appréhension, la citation, le mandat d'amener etc. Dans presque tous les autres cantons, il existe des dispositions sur les restrictions à la liberté personnelle et l'organisation de la justice, rédigées en termes si généraux que le projet d'unification n'est guère touché; une exception concerne le canton d'Uri (RS 131.214), qui devra biffer la compétence du procureur pour décerner des ordonnances pénales, si le CPP unifié confie cette tâche au juge d'instruction.

- Il faudra examiner les répercussions du code fédéral de procédure pénale sur la *loi fédérale d'organisation judiciaire* (OJF ; RS 173.110). On ne peut exclure la nécessité d'adapter cette loi, qui sera alors totalement révisée.
- Le nouveau code de procédure pénale devra reprendre les dispositions de la *loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions* (LAVI ; RS 312.5).
- Enfin, comme conséquences indirectes de l'unification, il faudra envisager une révision du *code pénal militaire* (CPM ; RS 322.1) et de la *loi fédérale sur le droit pénal administratif* (DPA ; RS 313.0).

La Confédération ne saurait attendre l'adoption d'un code fédéral de procédure pénale pour réaliser les projets de procédure pénale et de droit matériel actuellement en cours (nouvelles compétences de procédure, enquête sous couverture, surveillance téléphonique, livre troisième du code pénal). Ces démarches anticipées d'unification partielle sont indispensables pour une poursuite pénale efficace et conforme au droit; elles ne peuvent pas non plus être entreprises par les cantons seuls (p.ex. institution de faits justificatifs de droit matériel). Cette situation prendra fin avec l'adoption d'un code de procédure pénale fédéral; la Confédération ne devra plus édicter, dans des domaines particuliers, de lois fédérales qui concurrencent et limitent le droit cantonal de procédure pénale comme elle l'a fait par exemple dans le cas de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions et comme elle prévoit de le faire dans les projets relatifs à l'enquête sous couverture et à la surveillance téléphonique.

3.23 Conséquences organisationnelles

Une unification du droit de procédure pénale a aussi des effets sur l'organisation de l'administration de la justice pénale dans la Confédération et les cantons.

La réalisation des propositions de la Commission d'experts suppose que la Confédération et les cantons

- *disposent de juges d'instruction indépendants* :
Cette exigence a de l'importance en particulier pour les deux cantons qui ont supprimé les juges d'instruction et qui ont confié la poursuite pénale et l'instruction au ministère public ; des adaptations sont aussi indispensables dans les cantons où les juges d'instruction dépendent d'une manière ou d'une autre du ministère public ;

- *adaptent le ministère public au nouveau modèle :*
Il en résultera des modifications dans les cantons où le ministère public dirige l'enquête ;
- *possèdent une autorité judiciaire compétente pour statuer sur les recours contre les décisions du juge d'instruction et, à certaines conditions, contre les actes d'accusation (chambre ou tribunal d'accusation):*
Tous les cantons ne connaissent pas actuellement une telle institution;
- *mettent à disposition deux instances judiciaires avec un plein pouvoir d'examen :*
La Confédération devra adapter ses tribunaux dès lors qu'elle ne possède pas de double degré de juridiction; les cantons qui ne connaissent pas l'appel devront en tenir compte dans leur organisation judiciaire.

Les frais d'organisation décrits sont *uniques*. La nouvelle organisation coûtera certes de l'énergie ; il n'en résultera toutefois pas un appareil judiciaire plus coûteux.

4.1 Exceptions au principe de la légalité ⁴⁰

La Commission se prononce en faveur d'un principe de l'opportunité limité. Les décisions de classement rendues pour motifs d'opportunité doivent néanmoins pouvoir être contrôlées judiciairement. Il est au demeurant renoncé à introduire le plea bargaining.

4.11 Survol

Le *principe de la légalité* est la base de la poursuite pénale: les autorités compétentes ont par principe le devoir d'ouvrir l'action pénale et de procéder dès qu'elles ont connaissance de présomptions qu'une infraction a été commise.

Le principe de la légalité connaît pourtant des limites de fait et de droit. Bien que son pendant, le *principe de l'opportunité*, ne soit pas largement répandu en Suisse sous sa forme pure, il existe de nombreuses exceptions au principe strict de la légalité des poursuites. Ainsi, l'article 66^{bis} CPS permet de renoncer à la poursuite pénale si l'auteur a été atteint lourdement par les conséquences directes de son acte ; le droit pénal accessoire prévoit fréquemment des exceptions pour les cas bénins⁴¹ et les récents codes de procédure pénale des cantons, qui naguère s'en tenaient au strict principe de la légalité, prévoient des exceptions à ce principe⁴².

La réglementation du principe de la légalité et de celui de l'opportunité des poursuites relèvent du *droit de procédure pénale*. Le fait que le droit matériel de la Confédération contienne, comme on vient de le voir, des dispositions relevant de l'opportunité des poursuites s'explique par l'embarras du législateur, qui, selon la Constitution, ne peut pas édicter des règles de procédure de portée générale. A l'occasion des travaux relatifs au nouveau code de procédure pénale, il faudra en particulier garder à l'esprit les dispositions en matière d'opportunité de la partie générale du CPS entièrement révisée ; il s'agit là des motifs d'exemption de peine des articles 54 et suivants de l'avant-projet (absence d'intérêt à punir, réparation, atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte).

De toute façon, un code de procédure pénale suisse ne pourra guère échapper à un certain nombre d'exceptions au principe de la légalité. L'évolution de la

⁴⁰ Traduit de l'allemand.

⁴¹ P.ex. aux art. 100, ch.1, al.2, LCR, 23, al.6, LSEE ou 19a, ch.2, LStup

⁴² L'exemple le plus récent est celui du canton de Berne (art.4 CPP-BE)

criminalité a pour conséquence que les autorités fixent des priorités et renoncent à certaines conditions à la poursuite pénale, bien qu'il existe un acte punissable ou la présomption qu'un tel acte a été commis.

4.12 Principe de l'opportunité général ou limité?

Pour aménager de façon plus précise le principe de l'opportunité envisagé, on ne peut guère s'appuyer sur une base commune solide. Les solutions adoptées jusqu'ici dans les cantons vont du principe de la légalité strict à un principe de l'opportunité exprimé en termes généraux sans descriptions ou cautions plus précises. Toujours est-il qu'on observe une tendance nette: un nombre important de cantons⁴³ ont, au cours de ces vingt dernières années, adopté des dispositions que l'on a l'habitude de résumer sous le titre "principe de l'opportunité limité". La plupart des exemples remontent à des propositions du professeur Robert Hauser, telles qu'elles furent concrétisées en 1978 dans le code de procédure pénale du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures.

La Commission d'experts est d'avis qu'il convient de s'inscrire dans cette évolution. Le code de procédure pénale doit énumérer les situations dans lesquelles il peut exceptionnellement être renoncé à la poursuite et au jugement. Finalement, de l'avis de la Commission, la question de savoir si cette énumération doit être considérée comme exhaustive ou si, au contraire, les autorités peuvent prévoir (entre autres) d'autres situations équivalentes comme exception au principe de la légalité, peut être laissée ouverte. Le souhait d'une unification aussi large que possible avec un traitement équivalent parle en faveur d'une énumération exhaustive, tandis que le souci d'aménager une marge de manœuvre aussi importante que possible en faveur des cantons conduit à une formulation ouverte. Toutefois, même en adoptant la variante ouverte, le principe d'égalité devant la loi devrait être observé dans chaque cas d'espèce ; car opportunité ne signifie pas arbitraire.

⁴³ BE, LU, UR, SZ, OW, NW, ZG, FR (dès le 1.12.98), BS, BL, SH, AR, SG, AG, TG; VD, NE, GE, JU connaissent un principe de l'opportunité formel non limité; cf. HAUSER/SCHWERI, p. 188, nos 10 et 12.

4.13 Les différentes exceptions au principe de la légalité des poursuites

4.131 Concentration de la procédure sur les infractions les plus importantes

La pratique actuelle des autorités de poursuite pénale est caractérisée par l'augmentation des cas extrêmement complexes. La criminalité organisée, la criminalité économique et celle liée à la drogue frappent par leur enchevêtrement, (même) sur le plan international. Le maintien du principe de la légalité se révèle dans bien des cas pratiquement impossible, si l'on ne veut pas accepter des attermoissements sur des années avec comme conséquence la prescription de certaines infractions, voire de toutes. Un engagement optimal des moyens n'est possible que si les autorités peuvent se concentrer sur l'essentiel, en laissant de côté l'accessoire. C'est à ce but que tend un premier cas d'application du principe de l'opportunité: la concentration de la procédure sur les infractions les plus importantes.

Une telle manière de faire n'a rien de nouveau. Même là où la loi ne prévoit aucune exception au principe de la légalité, le procureur ou le juge d'instruction fixe des priorités. Il laisse de côté ce qui apparaît peu important à ses yeux. Mais procéder ainsi sans base légale est non seulement juridiquement problématique, mais a pour conséquence que partout où aucun lésé ne se manifeste pour suivre à la procédure, il sera renoncé à celle-ci, tandis que, sur des points peu importants du point de vue du droit pénal, où un plaignant s'engage à fond, tous les actes de procédure possible seront accomplis, même les plus coûteux. L'application de l'opportunité dépend ici – ce qui est faux – de la résistance probable du lésé. Il serait souhaitable qu'une appréciation objective de l'infraction intervienne dans le cadre de l'ensemble de la procédure.

Un premier cas d'application du principe de l'opportunité limité devrait permettre une telle pesée d'intérêts. Ainsi il pourrait être renoncé à la poursuite pénale *si l'infraction ne joue pas un rôle significatif par rapport à la peine ou à la mesure envisagée*.

4.132 Infractions sans suite pénale

L'article 68, chiffre 2, CPS constitue un point de départ pour une réflexion relative à l'exception au principe de la légalité s'agissant d'infractions sans suite pénale. Le mécanisme de la peine complémentaire qui y est décrit peut conduire à ce que le juge, une fois la déclaration de culpabilité prononcée, en arrive, s'agissant de la mesure de la peine pour les délits nouvellement découverts, à une valeur

nulle et renonce ainsi à une peine complémentaire. Dans de telles situations, les autorités de poursuite pénale devraient pouvoir classer la procédure dès le départ.

Ici, l'exception au principe de la légalité devrait être au demeurant conçue largement, dès l'instant où il y a encore d'autres cas dans lesquels, malgré le jugement, il peut être renoncé à toute peine (cf. p.ex. art. 21, al.2, CPS: désistement, ou art. 23, al.2, CPS: délit impossible par défaut d'intelligence). Il faudrait toujours renoncer à la poursuite pénale, *lorsque, dans l'hypothèse d'une déclaration de culpabilité, on devrait renoncer à toute peine.*

4.133 Infractions de peu d'importance

Le point de départ de nombreuses discussions relatives à l'introduction d'éléments d'opportunité dans le droit de procédure pénale furent les cas de peu d'importance (ou cas "bagatelles") qui ne devaient pas être poursuivis, faute d'être dignes d'être sanctionnés pénalement. Le futur code de procédure pénale suisse devrait certainement prévoir également une exception pour de telles situations.

Peuvent être cités comme critères d'appréciation la gravité objective et subjective de l'infraction. Ainsi devrait-il être renoncé à la poursuite et au jugement, *lorsque la faute et ses conséquences sont de peu d'importance.* Une exception, sous cette forme ou sous une autre, au principe de la légalité mérite d'être introduite dans le droit de procédure pénale fédéral. Lors de sa formulation, il conviendra de garder à l'esprit que la gravité du délit doit être appréciée par rapport à son cas normal (sinon chaque contravention sanctionnée par une amende d'ordre devrait être considérée comme de peu d'importance et ne justifiant pas une poursuite).

4.134 Infractions ayant un lien avec l'étranger

Les codes de procédure pénale récents prévoient une exception au principe de la légalité, lorsqu'une infraction, pour laquelle la juridiction suisse est (également) établie, a fait l'objet d'actes d'enquête suffisants de la part d'autorités compétentes étrangères. Les chevauchements et incongruités du droit international pénal, ainsi que la différence de conception du droit pénal matériel concernant les éléments constitutifs et les sanctions décident de la question de savoir si, dans un cas d'espèce, il convient, pour des motifs d'opportunité, de renoncer à la poursuite pénale en raison d'une procédure étrangère.

Cette quatrième exception au principe de la légalité n'entre pas en conflit avec la délégation de la poursuite pénale en tant qu'instrument de l'entraide judiciaire internationale. Elle entre en considération précisément là où les autorités étrangères poursuivent sur la base de leur propre compétence et sans qu'il y ait eu de requête suisse tendant à la reprise de la procédure.

La dernière disposition de ce type⁴⁴ entrée en vigueur permet de renoncer à l'action publique *"lorsqu'une autorité étrangère poursuit l'acte punissable ou s'est déclarée disposée à le faire"*.

4.14 Aménagement procédural

La formulation d'exceptions au principe de la légalité des poursuites implique de savoir qui renonce à la poursuite, à quel moment et sous quelle forme et par quels moyens des tiers, en particulier des lésés, peuvent s'opposer à cette renonciation.

4.141 Application uniquement par des autorités judiciaires

De l'avis de la Commission d'experts, les décisions relatives aux exceptions au principe de la légalité relèvent de la compétence des autorités judiciaires et non de la police. Ce qui reste du domaine de celle-ci, c'est l'opportunité de fait (notamment choix des moyens mis en œuvre, impossibilité de dénoncer toutes les contraventions constatées). Mais cela échappe à une réglementation procédurale.

4.142 Application à tous les stades de la procédure

Les exceptions au principe de la légalité favorisent avant tout l'efficacité de la poursuite pénale, lorsqu'il en est fait usage au début de la procédure. La loi ne devrait pourtant pas exclure une application plus tardive du principe de l'opportunité par les autorités judiciaires compétentes. Il peut arriver, au moment de dresser l'acte d'accusation ou même seulement au cours de l'audience de jugement, que la matière du procès doit être élaguée ou qu'une renonciation à poursuivre doit intervenir eu égard à une procédure étrangère.

⁴⁴ Art. 4, al.1, ch.4, CPP-BE

4.143 Forme de la décision

Les décisions de classement de la procédure pour des motifs d'opportunité doivent être rendues selon les règles et motivées. Un des avantages du principe de l'opportunité limité tient précisément dans la transparence de la pratique des autorités. Le principe de l'opportunité prévu par la loi se distingue par là de l'application courante et occulte de considérations d'opportunité.

Selon le cas d'espèce, les autorités de poursuite pénale et les tribunaux classeront la procédure définitivement ou seulement provisoirement. Un classement provisoire s'imposera là où il est renoncé à une poursuite en raison d'une autre procédure (p.ex. celle relative aux actes punissables les plus graves ou celle ouverte à l'étranger)

4.144 Voies de recours

Les décisions de classement par opportunité des autorités de poursuite pénale doivent être susceptibles de recours. Les décisions doivent être contrôlées par un juge jouissant d'un plein pouvoir d'examen, à la demande du lésé ou du procureur. Pour connaître des décisions d'opportunité prises par un juge, les voies de recours ordinaires suffisent.

4.15 Plea bargaining⁴⁵

4.151 Description

On peut se demander, en relation avec les exceptions au principe de la légalité, si on ne devrait pas concevoir une réglementation dans le sens du plea bargaining, tel qu'il est connu du droit de procédure pénale américain.

Dans le plea bargaining, le procureur et la défense négocient l'état de fait soumis au tribunal, en ce sens que le suspect se déclare coupable si des corrections sont apportées à l'acte d'accusation par l'abandon de griefs et la reconsidération d'infractions appréciées moins gravement⁴⁶. Le but de la négociation est une

⁴⁵ Cf. sur cette institution notamment HERRMANN, Der amerikanische Strafprozess, in: Jung (éd.) Der Strafprozess im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin/New York 1990, p.133 s.; SCHMID (USA) p.59 ss.; BRUNNER, in: plädoyer 1997, p.27.

⁴⁶ Cf. HERRMANN op.cit., p.150, SCHMID (USA), p.59, BRUNNER, op.cit. p.27.

atténuation de peine ou un classement de la procédure (en cas d'indemnisation)⁴⁷. Le résultat négocié exige l'approbation du juge, laquelle est toutefois rarement refusée.

4.152 Le plea bargaining en procédure pénale américaine

Pour comprendre cette institution, il est nécessaire de posséder de bonnes connaissances de la procédure en vigueur aux Etats-Unis et de la réalité américaine. Dans ce pays, il manque souvent au ministère public les moyens nécessaires en argent et en personnel pour poursuivre toutes les infractions parvenues à sa connaissance⁴⁸. Le ministère public bénéficie dès lors d'un large pouvoir d'appréciation pour décider des cas à soumettre à la justice, ainsi que lors des discussions dans le cadre du plea bargaining.

Aux Etats-Unis, le prévenu a un droit constitutionnel à faire trancher la question de la culpabilité lors de débats comportant une administration directe des preuves (le plus souvent devant un jury). Cela implique une procédure extrêmement lourde. C'est pourquoi sans plea bargaining les tribunaux seraient complètement débordés⁴⁹. Près du 90% des procédures sont ainsi liquidées par une déclaration de culpabilité⁵⁰.

4.153 Appréciation controversée du plea bargaining

Il faut, de l'avis de la Commission, souligner l'avantage de l'institution du point de vue de l'économie de la procédure. Les avis critiques renvoient en revanche au risque d'abus. Ils font valoir qu'il s'agit d'un marchandage indigne avec la justice dans le cadre d'une administration de preuves inachevée. L'institution préjudicie les personnes socialement les plus faibles (parce qu'elles sont souvent les plus mal défendues) ainsi que ceux qui avouent dès le début⁵¹.

D'autre part, il existe pour le ministère public une grande tentation de gonfler artificiellement un cas, afin d'aménager une marge de manœuvre suffisante pour la négociation⁵².

Il existe aussi le risque de pressions inadmissibles sur des innocents⁵³ et de peines infligées sur de simples suspicions. Tel est notamment le cas lorsque

⁴⁷ BRUNNER, op.cit., p.27.

⁴⁸ HERRMANN, op.cit., p.139.

⁴⁹ HERRMANN, op.cit., p.150; SCHMID (USA), p.60.

⁵⁰ HERRMANN, op.cit., p.148; SCHMID (USA), p.59.

⁵¹ BRUNNER, op.cit., p.27.

⁵² HERRMANN, op.cit., p.150; SCHMID (USA), p.60.

dans des affaires complexes on remplace des investigations sérieuses par la conclusion d'un marché.

En conséquence les droits du prévenu sont fortement réduits par la pratique du plea bargaining, car le dispositif de protection assuré par les débats n'entre pas en application.

4.154 La situation en Suisse

Dans l'intérêt d'une expédition judiciaire des procédures, il existe aussi, en Suisse, des contacts officiels et informels entre la défense, le ministère public et en tous cas les tribunaux⁵⁴.

Dans notre pays, sur le plan législatif, seul jusqu'ici le canton de Bâle-Campagne envisage de prévoir, dans le cadre d'une révision de son code de procédure pénale, une sorte de plea bargaining pour la petite et moyenne criminalité. Selon ce système, le ministère public pourrait, à l'issue de l'instruction et sans évidemment renoncer à la poursuite d'autres délits, s'entendre avec le prévenu qui a passé des aveux sur la sanction et la quotité de la peine et demander au tribunal d'approuver cet accord. Cela suppose que les éventuelles prétentions civiles soient reconnues ou liquidées par transaction⁵⁵. Il a été objecté à cette réglementation qu'elle n'apportait guère un accroissement d'efficacité⁵⁶.

4.155 En conclusion: pas d'introduction du plea bargaining

En défaveur de l'adoption du plea bargaining parle le fait que cette institution et sa maîtrise comportent aux Etats-Unis de nombreux aspects étrangers à notre culture juridique. Que l'on songe notamment à l'immense pouvoir d'appréciation dont est investi le ministère public américain et à l'absence de contrôle judiciaire de cette autorité. Sont d'autre part choquantes les inégalités de traitement que l'on doit prendre en compte si l'on se décide pour le plea bargaining. On mentionnera également l'influence négative que cette institution exerce du point de vue de la prévention générale, dès l'instant où les procureurs peuvent renoncer comme bon leur semble aux chefs d'accusation et convenir des faits admis avec la défense.

⁵³ HERRMANN, op.cit., p.150 s.

⁵⁴ Cf. HERRMANN, op.cit., p.151; en outre notamment DONATSCH, Vereinbarungen im Strafprozess, RPS 1992, p.159 ss.; OBERHOLZER, Informelle Absprachen im Strafverfahren, PJA 1992, p.7 ss.; ID., Absprachen im Strafverfahren – pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell?, RPS 1993, p.157ss.; HAUSER/SCHWERTI, p.190.

⁵⁵ Cf. CPP-BL, art. 149-151, 153; BRUNNER, op.cit., p.27.

⁵⁶ BRUNNER, op.cit., p.27.

L'adoption du plea bargaining ne s'impose pas non plus, dès lors qu'il existe suffisamment d'instruments susceptibles d'être développés pour pouvoir davantage tenir compte de l'économie de la procédure⁵⁷. Que l'on songe notamment à l'introduction envisagée du principe de l'opportunité limitée (cf. supra ch. 4.111 à 4.114) et à la procédure de l'ordonnance pénale (cf. infra chap. 5.25).

⁵⁷ Cf. BRUNNER, op.cit., p.27.

4.2 Le témoin "de la Couronne"⁵⁸

Les atteintes portées aux principes juridiques fondamentaux, liées à l'introduction d'une réglementation concernant le témoin dit "de la Couronne", ne seraient acceptables que dans l'hypothèse d'un véritable état de nécessité. Malgré les dangers représentés par le crime organisé, une telle situation n'est dans notre pays ni perceptible, ni prévisible à court terme. C'est pourquoi l'on peut renoncer à une réglementation de l'institution du témoin "de la Couronne". En revanche, une attention accrue doit être portée au concours des coauteurs dans l'établissement des faits.

4.21 Définition

Au cours de ces derniers temps, le développement international du crime organisé, tout particulièrement, a suscité un intérêt accru pour une réglementation de l'institution du témoin dit "de la Couronne".

Le témoin "de la Couronne" est à la fois un auteur qui a fait des aveux et un informateur. Il devient un témoin "de la Couronne" au sens propre, par le fait qu'il est rémunéré pour ses informations.

Une réglementation de l'institution du témoin "de la Couronne" peut être plus ou moins largement développée par le système juridique. Les aspects déterminants sont notamment:

- les auteurs, les infractions et le stade de la procédure auxquels s'applique la réglementation;
- les informations fournies et les comportements adoptés par le témoin "de la Couronne" qui doivent être pris en considération;
- la "contre-prestation" offerte au témoin "de la Couronne";
- l'existence éventuelle de dispositions de procédure spéciales, notamment pour l'administration et l'appréciation des preuves, ainsi que pour la protection personnelle dans la procédure;

⁵⁸ Traduit de l'allemand.

- l'existence éventuelle de dispositions en dehors du droit pénal, prévoyant l'octroi de mesures de protection ultérieures en faveur des témoins "de la Couronne" qui sont exposés à un danger.

4.22 Ebauche d'une réglementation du témoin "de la Couronne" en droit suisse contemporain

L'article 260ter CPS (Organisation criminelle) dispose à son chiffre 2 que "*le juge pourra atténuer librement la peine à l'égard de celui qui se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation*". L'élément de réglementation de l'institution du témoin de la Couronne tient au fait que la formulation ne concerne pas seulement des actes par lesquels l'auteur contribue directement à mettre en échec l'activité criminelle de l'organisation, mais vise également des informations pertinentes fournies aux autorités de poursuite pénale.

A la différence d'une réglementation élaborée de l'institution du témoin "de la Couronne", la disposition de l'article 260ter CPS ne déploie d'effets concrets que dans la phase des débats et elle ne permet pas de donner des assurances de façon anticipée. Le juge du jugement (ou même déjà le juge d'instruction) peut certes rendre le prévenu attentif à l'existence et à la portée de la disposition; toutefois, des promesses concrètes au sujet de la peine qui sera prononcée ne peuvent pas être faites. De plus, l'auteur n'échappe pas entièrement à la sanction. Enfin, il n'existe pas en Suisse de règles de procédure et de dispositions de protection spécifiquement conçues pour les témoins "de la Couronne".

4.23 Droit comparé

Dans les pays qui connaissent une réglementation élaborée de l'institution du témoin "de la Couronne", comme c'est le cas aux USA, en Italie et en Allemagne, la situation juridique se présente comme suit:

4.231 USA

L'institution du témoin "de la Couronne" prend ses racines dans le droit anglais non écrit. Elle a gagné une importance pratique considérable dans la procédure

pénale des USA. A la base, il y a le droit du prévenu, spécialement garanti par la constitution, de ne pas être contraint de s'incriminer lui-même. Ce privilège, de portée constitutionnelle très large, ne peut être détourné (respectivement sauvegardé) que par le fait que le prévenu, entendu comme témoin, n'est susceptible d'aucune poursuite ni d'aucune peine à raison de faits découlant de sa déposition (immunity).

■ **Importance du témoin "de la Couronne"**

L'importance pratique de l'institution du témoin "de la Couronne" aux USA découle en outre des facteurs suivants: le procureur jouit, du fait du système particulier du procès pénal contradictoire, d'un pouvoir de disposition sur l'objet du procès bien plus importante que chez nous; par ailleurs, les exigences en matière de preuves sont relativement strictes dans le procès américain; à cela s'ajoute le fait que l'administration des preuves est encore alourdie par la procédure longue et complexe devant le jury.

L'institution du témoin "de la Couronne" existe aux USA sous deux formes principales: en tant qu'*immunity* et comme variante du *plea bargaining*.

■ **Immunity**

Le déroulement de la procédure, lorsqu'il y a immunity, peut être décrit de la manière suivante: pour étayer sa réquisition de mise en accusation, le procureur doit présenter devant le grand jury (autorité de mise en accusation) des éléments de preuve concluants, parmi lesquels figurent notamment des témoins. Le procureur peut alors être confronté à une situation où apparemment aucun moyen de preuve à charge suffisant ne peut être invoqué en dehors du cercle des auteurs potentiels. De leur côté, les auteurs et autres participants feront valoir, dans le doute, leur droit constitutionnel de se taire (droit au silence). Si, pour étayer l'accusation, le procureur entend alors faire citer un suspect comme témoin à charge, il présentera au tribunal (court) une demande d'immunity en faveur de ce suspect. Si le tribunal donne suite à cette demande, la personne concernée revêt le statut procédural de témoin et jouit de l'immunity.

La question de savoir si et en faveur de qui le procureur présente une demande d'immunité relève de son libre pouvoir d'appréciation et de la tactique qu'il entend adopter. Idéalement, le témoin "de la Couronne" devrait être un participant subalterne qui détient beaucoup de renseignements. Le problème, pour le procureur, tient au fait que la demande doit être présentée à un stade relativement précoce du procès, alors que l'état des preuves est encore incertain. Cela peut notamment avoir pour conséquence que le participant supposé subalterne se révèle ultérieurement être l'auteur principal (d'un meurtre, par exemple) et qu'il soit libéré en raison de son immunity.

■ *Plea bargaining*

L'institution du *plea bargaining* (négociation en matière pénale), décrite plus haut⁵⁹, peut aussi trouver application sous la forme de l'institution du témoin "de la Couronne", dès que l'aveu négocié permet d'accuser un tiers.

Dans la pratique américaine, le témoin "de la Couronne" revêt manifestement une plus grande importance dans le cadre du *plea bargaining* que dans celui de l'immunity. Cela tient notamment au fait que, dans l'immunity, l'accusation assume le risque et que la requête doit être présentée relativement tôt. Dans le *plea bargaining*, en revanche, le prévenu est quasiment astreint à fournir une prestation préalable.

Les USA ont prévu depuis 1970 des mesures extraprocédurales étendues de protection des témoins, grâce auxquelles les témoins "de la Couronne" et leurs proches peuvent être déplacés vers de nouveaux domiciles et pourvus de nouvelles identités.

4.232 Italie

Le statut de témoin "de la Couronne" est réglé en Italie dans toute une série d'actes législatifs, qui contiennent d'une part des dispositions de droit matériel et, d'autre part, des programmes de protection des témoins. L'institution du témoin "de la Couronne" fut introduite en raison du climat de menaces qui régnait à la fin des années soixante-dix; elle s'adressait alors aux domaines criminels du *terrorisme* et de l'*enlèvement avec demande de rançon*. Une *atténuation de la peine* peut être accordée à l'auteur qui contribue à réduire les conséquences de l'infraction et qui fournit aux autorités de poursuite pénale des indices déterminants lui permettant d'identifier ou d'arrêter ses comparses. Une *exemption de toute peine* peut être entre autres accordée à l'auteur d'une tentative qui, de son propre mouvement, empêche que le résultat de l'infraction ne se produise et apporte des preuves permettant l'établissement des faits et l'identification d'éventuels coauteurs.

Au début des années quatre-vingt-dix, la réglementation du témoin "de la Couronne" fut étendue, par des révisions législatives, au trafic de drogue commis en bande et aux *associations criminelles de type maffieux*. De plus, un *programme de protection des témoins* fut institué. Celui-ci prévoit des mesures étendues permettant d'offrir de nouvelles identités au témoin "de la Couronne" et à ses proches. D'autres possibilités sont aménagées, qui prévoient pour les témoins "de la Couronne" un hébergement spécial, ainsi qu'un allègement des conditions d'incarcération durant la détention préventive, puis lors de l'exécution

⁵⁹ Cf. supra chap. 4.1, ch. 4.15.

de la peine. L'application concrète des programmes de protection des témoins est confiée à une commission spéciale qui décide, dans chaque cas particulier, de l'accès au programme, de ses modalités et de sa durée.

4.233 Allemagne

La réglementation du témoin "de la Couronne" a été introduite en Allemagne en 1989 pour le crime de constitution d'associations terroristes et étendue en 1994 aux infractions graves du crime organisé. Les dispositions topiques figurent dans une loi spéciale⁶⁰ dont la durée est limitée à fin 1999.

Cette loi permet de renoncer à la poursuite d'un auteur ou d'un participant, membre d'une association terroriste ou criminelle, ou à la poursuite d'une infraction liée à un tel contexte, si l'intéressé fournit des informations aux autorités de poursuite pénale. Ces informations doivent être de nature à empêcher la commission d'une de ces infractions spécifiques, à favoriser l'établissement de faits autres que ceux retenus à la charge de l'intéressé ou conduire à l'arrestation d'un auteur ou d'un participant. Le procureur général fédéral peut renoncer à la poursuite si l'importance des informations, comparées aux faits reprochés à l'intéressé, le justifie. Il doit toutefois, pour cela, obtenir l'approbation d'une cour pénale du Tribunal fédéral. S'il est renoncé à la poursuite, celui qui jusque-là était prévenu acquiert la qualité procédurale de témoin et doit être entendu comme tel aux débats.

La faculté de faire usage de cette réglementation relève du pouvoir d'appréciation du procureur général; cette réglementation n'est toutefois pas applicable lorsque des infractions très graves sont reprochées à l'intéressé.

Aux conditions matérielles énoncées ci-dessus, le tribunal peut également, à l'issue des débats, renoncer à toute peine ou atténuer la peine selon son appréciation. Il a par ailleurs la possibilité de classer la procédure avec l'approbation du procureur général. Sont toutefois de nouveau exceptées les infractions les plus graves. Le droit allemand ne prévoit pas de programme de protection spécifique pour les témoins "de la Couronne".

⁶⁰ Gesetz zur Aenderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten du 9.6.1989 (KronzG); depuis lors prolongée et modifiée à plusieurs reprises.

4.24 Arguments pour et contre une réglementation du témoin "de la Couronne"

4.241 Arguments en faveur

On fait notamment valoir en faveur de l'introduction d'une réglementation (élaborée) du témoin "de la Couronne" les arguments suivants:

- les formes de délits complexes et hautement organisés ne peuvent plus guère être élucidés par les moyens habituels;
- le témoin "de la Couronne" constitue la panacée pour venir à bout des organisations criminelles, car il est possible, par ce moyen, d'obtenir des preuves, dont on ne disposerait pas sans le concours du témoin;
- une réglementation du témoin "de la Couronne" est de nature à désécuriser les associations de criminels et ainsi à les déstabiliser;
- on offrirait de la sorte aux individus une occasion de sortir du milieu criminel;
- l'absence d'une réglementation légale du témoin "de la Couronne" pourrait conduire à ce que l'institution soit pratiquée de manière informelle dans les procédures.

4.242 Arguments en défaveur

Contre le témoin "de la Couronne", on fait notamment valoir

- que l'on agirait de la sorte à l'encontre des principes fondamentaux de l'égalité et de la légalité, ainsi qu'au détriment d'un droit pénal fondé sur la faute;
- que la confiance dans l'ordre juridique serait ébranlée et que la disposition naturelle du citoyen à se soumettre aux normes édictées serait compromise;
- qu'un risque accru d'induire la justice en erreur serait créé;
- qu'inversement, il y aurait un réel danger de voir les témoins "de la Couronne" soumis à d'intolérables pressions de la part de la justice;
- que les organisations criminelles seraient incitées, par cette réglementation, à se protéger davantage encore avec des dispositifs de contrôle interne et des mesures disciplinaires, ce qui aurait pour conséquence d'entraîner une escalade de la violence.

4.25 Conclusions

■ *Pas d'extension de la réglementation du témoin "de la Couronne"*

De l'avis de la Commission, une réglementation de l'institution du témoin "de la Couronne" au sens propre, selon laquelle un prévenu devient formellement un témoin en cours de procédure et échappe ainsi à toute condamnation, ne peut a priori entrer en considération que pour certaines formes spécifiques de la criminalité la plus grave. On songe ici à des formes de criminalité qui se caractérisent par une pluralité d'auteurs soumis à une organisation poussée et où les dirigeants sont protégés des autorités de poursuite pénale par un véritable rempart qui rend difficile, voire impossible, toute intervention. Dans tous ces cas, l'élément de rattachement est constitué par des infractions qui sont le fait d'une organisation criminelle au sens de l'article 260ter CPS; cette disposition concerne aussi bien les associations de type maffieux que les groupes terroristes.

Quant à la nécessité d'une réglementation précise du témoin "de la Couronne", il faut prendre en compte le fait que cette institution est d'abord de nature répressive et qu'elle n'exerce que marginalement des effets préventifs. C'est pourquoi son introduction ne pourrait se justifier que si la Suisse était soumise à une pression exceptionnelle, venant de la criminalité organisée ou terroriste, qu'elle ne serait plus capable de combattre avec d'autres moyens. Les atteintes portées aux principes juridiques fondamentaux, liées nécessairement à l'institution du témoin "de la Couronne" au sens propre, seraient ainsi acceptables, pour autant que les investigations soient confrontées à un véritable état de nécessité.

Bien qu'une analyse fiable de l'extension du crime organisé en Suisse soit difficile, on peut considérer qu'il n'existe pas dans notre pays d'importante infiltration par des organisations criminelles. Pour ces motifs, l'introduction en Suisse d'une réglementation du témoin "de la Couronne" n'est pas justifiée.

■ *Meilleure prise en compte de la coopération des prévenus*

Même si l'on en arrive à renoncer à une réglementation du témoin "de la Couronne" au sens propre, il convient à l'avenir d'attacher davantage d'importance à la coopération des prévenus dans la procédure, en d'autres termes à l'aide apportée par un participant à l'infraction dans l'élucidation des faits. D'une part, la possibilité, prévue à l'article 260ter, alinéa 2, CPS, d'atténuer librement la peine, lorsque l'auteur s'efforce d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation, paraît trop étroite dans son champ d'application. C'est pourquoi cette possibilité pourrait également être envisagée pour l'identification d'associations de malfaiteurs qui ne constituent pas encore des organisations criminelles au sens du code pénal suisse. La règle pourrait en

premier lieu être étendue au trafic de stupéfiants exercé en bande (art. 19, ch.2, let. b, LStup). D'autre part, la coopération d'un prévenu, qui s'étend au-delà des faits qui lui sont reprochés, pourrait être prise en compte dans le cadre général de la fixation de la peine (art. 63 s. CPS) comme circonstance atténuante.

Une autre possibilité consisterait à garantir au prévenu de façon ferme une telle réduction de peine déjà au stade de la phase préliminaire du procès. Il n'est toutefois pas certain que cela soit de nature à inciter le prévenu à une collaboration durable et à faciliter ainsi l'établissement des faits dans des affaires complexes.

S'ajoutent à cela les problèmes pratiques considérables liés à la manière dont devrait être concrètement formulée une promesse préalable, dès l'instant où la mesure de la peine à prononcer ne peut guère être anticipée comme élément de référence. Il faudrait dès lors renoncer à la possibilité d'engager la justice par des promesses préalables. Au lieu de cela, on devrait prévoir dans le code de procédure pénale unifié que la juridiction de jugement doit être informée du fait que le prévenu a coopéré au cours de la phase préliminaire de la procédure déjà. C'est pourquoi il faut prévoir que ces éléments de fait soient mentionnés séparément dans la décision de renvoi.

4.3 Protection des témoins ⁶¹

Un code de procédure pénale fédéral doit contenir des règles sur la protection des témoins. Il faut en cette matière le mieux possible tenir compte aussi bien de l'intérêt à la recherche de la vérité que de la nécessité d'une protection des témoins menacés. On doit en revanche renoncer à la mise en place d'un programme extra-procédural de protection des témoins.

4.31 Nécessité et but

Les prévenus, ou même des tiers, peuvent envisager d'influer sur la disposition de certains témoins à déposer, sur le contenu de leurs déclarations ou, de toute autre manière, sur leur personne ou celle de leurs proches et ce pour s'éviter des inconvénients ou se venger de déclarations qui les ont chargés. C'est pourquoi une protection efficace des témoins ne doit pas tendre seulement à protéger ceux-ci (cas échéant d'autres personnes) contre de tels désagréments, mais elle doit en même temps garantir que la recherche de la vérité dans le procès soit aussi fiable que possible. Bien que les méthodes scientifiques d'administration des preuves soient en constante amélioration, le témoignage reste pour le procès pénal un moyen de preuve d'importance primordiale.

4.32 Différentes catégories de témoins

Le genre et l'importance des dangers potentiels qui menacent les témoins dépendent beaucoup de la qualité en laquelle ils ont perçu les faits sur lesquels ils sont appelés à déposer. *Quatre catégories* peuvent ainsi être envisagées:

⁶¹ Traduit de l'allemand.

4.321 Les témoins par profession

Parmi les témoins par profession, on citera en premier lieu les *fonctionnaires de police*. En tant qu'organes de la poursuite pénale, ils sont susceptibles d'être exposés à un risque accru de devenir l'objet d'actes de vengeance. Ceci tout particulièrement dans l'hypothèse où ils ont contribué, comme *agents infiltrés*, à confondre les auteurs. Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que l'évolution récente de la protection des témoins dans notre pays se soit concentrée sur l'investigation secrète (enquête sous couverture).

4.322 Les participants entendus comme témoins

Des risques analogues peuvent exister pour les coauteurs ou complices qui chargent d'autres auteurs et peuvent, de ce fait, craindre des représailles. Il ne s'agit évidemment pas, avec cette catégorie, de témoins au sens strict du droit de procédure, mais de prévenus ou de personnes appelées à fournir des renseignements, qui ne sont pas astreints au devoir que leur impose l'Etat de déposer et de dire la vérité. Le danger auquel ils pourraient éventuellement être exposés ne peut ainsi pas être considéré (à la différence de la situation du témoin) comme la conséquence d'un devoir procédural de collaboration. Il en va en revanche autrement dans les systèmes juridiques qui connaissent l'institution du témoin "de la Couronne" au sens strict, où l'intéressé dépose en qualité de témoin, telle que l'entend le droit de procédure.

4.323 Les victimes appelées à déposer

Si le risque de représailles ultérieures caractérise le cas du témoin par profession et celui du témoin "de la Couronne", il n'en va pas de même pour la victime appelée à déposer, bien qu'on ne puisse exclure tout danger d'actes de vengeance dans des situations particulières. On conçoit en revanche mieux que des pressions soient exercées dans le cadre de la poursuite pénale pour empêcher la victime de porter plainte ou de charger l'auteur. Est aussi typique du rôle de la victime la charge psychologique qui la menace en relation avec ses devoirs de collaboration dans la procédure.

4.324 Les témoins occasionnels

Le témoin occasionnel (ou témoin ordinaire) n'est concerné ni comme lésé au sens large, ni comme participant à l'infraction pour les faits sur lesquels il doit être entendu. Il peut toutefois, selon la nature de ses constatations, devenir matériellement un témoin à charge. Il existe dans ce cas également pour lui un risque potentiel de représailles. De plus et tout comme pour la victime appelée à déposer, il peut être exposé dans des cas extrêmes à un danger d'actes de vengeance ultérieurs.

4.33 Les mesures de protection des témoins dans le procès pénal d'aujourd'hui

4.331 Le droit de refuser de témoigner

En réservant son intérêt à la recherche de la vérité et son droit de punir, l'Etat peut, par le biais d'un droit de refuser de témoigner largement conçu, renoncer à contraindre la personne menacée à déposer. On supprime de cette façon le risque engendré ou aggravé par la contrainte étatique et on accroît le devoir de protection et de prévoyance de l'Etat à l'égard de la personne en danger.

Cet aspect de la protection des témoins est très largement répandu: au-delà du droit de refuser de témoigner généralement reconnu en raison des relations du prévenu avec ses proches ou ses familiers, différentes lois de procédure prévoient également un droit de refuser de témoigner, lorsque le témoin serait, pour le cas où il déposerait, exposé à de graves inconvénients. Par ailleurs, un droit de refuser de témoigner est fréquemment reconnu déjà lorsque le témoin risque en déposant de compromettre son honneur. La mise en œuvre de ces droits de refuser de témoigner ont certes l'avantage de réduire le danger pour toutes les catégories de témoins, mais ils sont susceptibles d'entraîner la perte de moyens de preuve parfois décisifs.

4.332 La protection des personnes

Des mesures matérielles de protection, tel un dispositif de surveillance policière, peuvent être prises avant, pendant et après le procès en faveur d'un témoin menacé ou d'autres personnes également. Il n'y a guère là matière à réglementation pour le législateur. Cependant l'efficacité de telles mesures se heurte à des limites pratiques: ainsi, par exemple, un témoin peut être exposé durablement au risque d'actes de vengeance.

4.333 Les mesures procédurales visant à garantir l'anonymat

Si l'identité du témoin n'est pas connue de l'auteur potentiel de la menace, des mesures de protection peuvent être prises avant et pendant le procès, afin de garantir partiellement ou totalement l'anonymat du témoin. L'occultation de l'identité d'un témoin à charge trouve toutefois ses limites dans la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu, lorsqu'il est nécessaire d'apprécier le caractère probant des déclarations de ce témoin.

■ **La protection des agents infiltrés**

Dans leur pratique, les tribunaux ont développé ces dernières années des mesures différenciées tendant à la protection de témoins par profession qui interviennent en qualité d'agents infiltrés. La déposition de l'agent infiltré doit être recueillie dans la procédure sans que l'identité du témoin soit révélée au prévenu et aux tiers. Cette façon de faire doit toutefois respecter le droit du prévenu d'être entendu. Dans cette mesure, il est admis que l'anonymat du témoin soit assuré par le prononcé du huis clos, la non-divulgence de l'identité du comparant au cours du procès et dans le dossier, ainsi que par un camouflage optique et acoustique pendant son audition.

Ces principes sont précisés dans l'avant-projet du DFJP, du 27 juin 1995, d'une *loi fédérale sur l'investigation secrète*. Sur la base des résultats de la procédure de consultation, on peut considérer que les modalités d'audition, décrites ici, et qui tendent à garantir l'anonymat des agents infiltrés trouveront place, sans modification matérielle, dans un message qui sera soumis prochainement à l'approbation du Conseil fédéral.

4.334 La loi sur l'aide aux victimes d'infractions

On trouve dans la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991 (LAVI, RS 312.5) des dispositions spécifiques relatives à la protection des témoins. Des mesures de protection, justifiées d'un point de vue victimologique, y sont prévues aux articles 5 (protection de la personnalité par le prononcé du huis clos et renonciation à la confrontation avec le prévenu) et 7 (assistance et refus de déposer).

4.335 Les programmes extra-procéduraux de protection des témoins

Les programmes extra-procéduraux de protection des témoins s'étendent bien au-delà des mesures exposées jusqu'ici. Il s'agit de dispositifs qui, après coup, fournissent au témoin une *nouvelle identité* pour annihiler des menaces de représailles émanant d'organisations criminelles. Ces mesures très coûteuses sont prévues en particulier pour les graves menaces auxquelles sont exposés les témoins "de la Couronne" après le procès.

La Suisse, comme la plupart des autres Etats, ne connaît pas de programmes extra-procéduraux de protection des témoins. En Europe, seule l'Italie prévoit des mesures aussi étendues de ce type.

4.34 La protection des témoins dans le code de procédure pénale unifié

On ne constate pas actuellement en Suisse de menaces systématiques à l'égard de témoins, qui dépassent le cadre du cas particulier. De manière générale et malgré une réglementation relativement rare, les problèmes qui surgissent peuvent être réglés de façon satisfaisante dans la pratique. Néanmoins, au risque d'extension du crime organisé et d'autres formes de criminalité grave est attachée la menace de représailles à l'égard des témoins et, en même temps, de voir entravée la mise à jour d'infractions graves. Que l'on songe notamment aux cas de trafic de drogue, de criminalité liée au milieu et de racket. Pour cette raison déjà, il se justifie de réexaminer la protection dont les témoins bénéficient actuellement.

4.341 Meilleure prise en compte de l'intérêt de l'Etat à la recherche de la vérité

Dans le droit de procédure pénale actuel, la faculté de refuser de témoigner accordée au témoin menacé revêt une signification toute particulière. Cette solution permet en effet d'éviter largement les dangers auxquels s'expose le témoin; elle intervient néanmoins au détriment de l'intérêt de l'Etat à la poursuite pénale. Si on peut l'admettre à la rigueur en matière de contraventions, éventuellement de délits, en revanche, un droit de refuser de témoigner prévu schématiquement et servant exclusivement à la protection du témoin ne saurait en tout cas donner satisfaction.

C'est pourquoi un code de procédure pénale unifié ne devrait pas prévoir de droit général de refuser de témoigner pour le cas où le témoin serait exposé à des menaces. Les déclarations des témoins devraient bien plutôt être recueillies de manière à réduire la menace qui pèse sur le témoin, tout en permettant au tribunal, lors de l'appréciation des preuves, d'élucider, dans le cadre d'un procès équitable, les circonstances de faits d'une infraction mieux qu'il ne pourrait le faire si le témoin fait usage d'un droit de refuser de déposer.

4.342 Reprise des nouvelles règles relatives à l'agent infiltré

Les mesures de protection proposées dans l'avant-projet de loi fédérale sur l'investigation secrète (cf. supra ch. 4.333) peuvent être reprises dans le code de procédure pénale unifié: huis clos durant l'audition aux débats; identification indirecte du témoin par un fonctionnaire de police; non-divulgence de l'identité durant la procédure et dans le dossier; protection optique et acoustique du témoin lors de son audition.

La Commission est d'avis que cette solution combine de façon équilibrée le droit d'être protégé de l'agent infiltré avec l'intérêt de l'Etat à la découverte de la vérité, tout en tenant compte du droit à un procès équitable au sens de la CEDH.

4.343 Extension des mesures de protection à d'autres catégories de témoins

■ *Témoins occasionnels, victimes et participants*

Les principes de la réglementation prévue pour les agents infiltrés peuvent également être étendus à d'autres témoins. Cela est particulièrement important

pour les *témoins occasionnels* (cf. supra ch 4.324), qui aujourd'hui ne sont protégés par les lois de procédure que par le jeu du droit de refuser de témoigner. Comme a priori l'identité du témoin occasionnel n'est généralement pas connue du prévenu et de son entourage, il existe de nombreuses possibilités de protéger un tel témoin par des mesures de protection permettant d'occulter son identité.

La loi sur l'aide aux victimes tient suffisamment compte des besoins spécifiques de protection de la *victime*, justifiés d'un point de vue victimologique. De plus, des mesures de protection peuvent également être mises en œuvre, si l'identité du témoin n'est pas encore connue.

De telles mesures ne sont en revanche que rarement utiles pour les *coïnculpés* disposés à déposer, car, le plus souvent, leur identité est déjà connue, de sorte qu'une occultation de leur identité mise en œuvre dans le cadre de la procédure serait la plupart du temps vaine. Au demeurant, ces personnes ne sont pas tenues de faire des déclarations en leur qualité de prévenu ou de personnes appelées à fournir des renseignements.

■ **Les mesures de protection sont la règle**

Un code de procédure pénale unifié devrait ainsi prévoir que l'identité des témoins potentiellement en danger qui n'est pas déjà connue ne sera pas révélée au début de la procédure. Si, par la suite, une audition paraît nécessaire, et qu'il existe des raisons de penser que le témoin ou des tiers s'exposeraient à des inconvénients majeurs au cas où leur identité viendrait à être connue, le juge d'instruction garantit préalablement que des mesures de protection seront mises en œuvre. Ainsi, pour les auditions à l'instruction, aux débats et devant l'instance de recours, les mesures de protection particulière évoquées plus haut seront ordonnées. Ces mesures doivent être choisies en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce, de sorte que l'on puisse le mieux possible tenir compte de la garantie de la protection du témoin, aussi bien que du droit d'être entendu du prévenu.

■ **La renonciation à une audition comme témoin**

On ne devrait renoncer à l'audition d'un témoin menacé que lorsque celui-ci ne peut pas bénéficier de mesures de protection, son identité étant déjà connue du prévenu ou de son entourage. Cela suppose qu'il y ait des motifs d'admettre que le témoin ou des tiers, s'ils étaient obligés de déposer, s'exposeraient à des inconvénients majeurs, qui ne soient pas susceptibles d'être écartés efficacement d'une autre manière.

4.344 Pas de programme développé de protection des témoins

La Commission est consciente du fait que les mesures habituelles, tant procédurales qu'extraprocédures, destinées à la protection des témoins, de même que les moyens pratiques de protection ne peuvent pas toujours assurer une protection sans faille des témoins. Cela vaut particulièrement pour les menaces émanant d'organisations criminelles après le procès. On est ainsi conduit à poser la *question* de la nécessité et de la faisabilité de programmes de protection, grâce auxquels des témoins gravement en danger et leurs proches sont pour ainsi dire transplantés d'un endroit à un autre et pourvus d'une identité entièrement nouvelle.

■ *Problèmes juridiques et pratiques*

La création d'une nouvelle identité, tout particulièrement, impliquerait de très nombreuses mesures pour pouvoir manipuler des données personnelles de telle manière qu'il devienne impossible pour des tiers de reconstruire les nouveaux (respectivement les anciens) éléments d'identification de la personne protégée. Que l'on songe à ce propos notamment à l'enregistrement dans le "registre" de l'état civil, au casier judiciaire, ainsi qu'à de nombreux autres registres et banques de données au niveau de la Confédération, des cantons et des communes (p.ex. contrôle des habitants, registre des impôts, données des assurances sociales, des offices de la circulation routière, de l'armée). Indépendamment du fait qu'une vaste manipulation de données à l'effet d'induire la collectivité en erreur est discutable du point de vue juridique, la question se pose d'une possible mise en pratique dans notre petit monde de transparence. Un programme développé de protection des témoins entraînerait aussi d'importants risques d'abus. Il pourrait ainsi par exemple arriver que selon les circonstances des tiers subissent de sérieux préjudices dans leur situation juridique du fait de la soudaine disparition de personnes. Il faut enfin évoquer les dépenses considérables qu'entraînerait un programme développé de protection des témoins, ainsi que les inconvénients que la modification d'identité entraînerait pour les témoins concernés et leurs proches.

■ *Un programme de protection des témoins ne se justifie pas aujourd'hui*

L'introduction d'un programme développé de protection des témoins ne peut ainsi entrer en considération que comme *ultima ratio* si l'on devait être confronté à un véritable état de nécessité. La création d'un tel instrument ne se justifie pas pour notre pays dans les circonstances actuelles. Cela d'autant plus que la Commission se prononce également contre l'introduction d'une réglementation approfondie de l'institution du témoin "de la Couronne". Les exemples étrangers

démontrent que les programmes de protection des témoins sont en premier lieu consacrés aux dangers encourus par les témoins "de la Couronne"; or tous les pays qui connaissent l'institution du témoin "de la Couronne" au sens strict ne l'ont pas assortie d'un programme de protection des témoins.

5.11 Champ d'application ⁶²

L'objectif de l'unification du droit de procédure pénale est la poursuite de toutes les affaires pénales fédérales selon les mêmes règles. Cet objectif ne pourra toutefois être atteint que par étapes. C'est pourquoi le rapport de la Commission laisse d'emblée de côté certaines procédures particulières.

5.111 Principe

Le but d'un code de procédure pénal fédéral est le traitement uniforme de toutes les affaires pénales fédérales. Il doit trouver application devant toutes les autorités de poursuite et tous les tribunaux pénaux ordinaires des cantons et de la Confédération, auxquels il incombe de poursuivre et de juger de telles affaires. Le nouveau code de procédure pénale suisse doit aussi en particulier remplacer une partie tout à fait essentielle de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (Procédure pénale fédérale, PPF, RS 312.0; cf. supra chap. 3.2, ch. 3.22).

5.112 Démarche par étapes

Même si elle souhaite un code de procédure unifié s'appliquant à toutes les affaires pénales, la Commission est d'avis qu'il faut pour le moment renoncer à inclure dans l'unification certaines procédures particulières. Il manque les ressources qui permettraient une étude appropriée de ces sujets. La Commission a dès lors décidé de se concentrer dans le cadre de ce rapport sur l'essentiel.

C'est pourquoi ne sont pour l'heure *pas* concernées par les travaux de la Commission:

■ ***La procédure pénale militaire***

La procédure devant les tribunaux militaires est aujourd'hui réglée dans une loi spéciale, la Procédure pénale militaire (RS 322.1). Les règles qui y figurent

⁶² Traduit de l'allemand.

devront bien tôt ou tard céder le pas à celles du code de procédure pénale fédéral. A l'instar des révisions du code pénal suisse, qui sont régulièrement accompagnées d'adaptations du droit pénal militaire, des modifications de la procédure pénale militaire pourraient être entreprises parallèlement à la nouvelle loi (civile) de procédure; elles pourraient entrer en vigueur simultanément ou seulement après l'évaluation des premières expériences. Il serait aussi envisageable de remplacer formellement les règles matérielles de procédure applicables au procès pénal militaire par celles du code de procédure pénale unifié et de réserver les dispositions spéciales militaires aux particularités de l'organisation judiciaire.

■ ***La procédure pénale administrative de la Confédération***

Au terme d'un hearing avec des experts du droit pénal administratif, la Commission est arrivée à la conclusion que l'incorporation à ses travaux des cas relevant du domaine d'application de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) prendrait trop de temps. Il s'impose de procéder par étapes: tout d'abord, un nouveau concept d'un code de procédure pénale unifié doit être formulé de manière générale et c'est seulement alors que ses répercussions sur le droit pénal administratif pourront être discutées de manière approfondie. Pour l'heure, le droit pénal administratif de la Confédération, mise à part la procédure judiciaire, n'est pas comparable avec un code de procédure pénale courant. En particulier, certains acteurs interviennent, notamment ceux de l'administration fédérale, qui normalement sont absents du procès pénal.

■ ***La procédure pénale pour mineurs***

Le code de procédure pénale fédéral pourrait, sous le titre „Procédures particulières“, contenir un chapitre „La procédure contre les enfants et les adolescents“. Il conviendrait néanmoins d'y renoncer dans une première phase. Les lois de procédure pénale des cantons paraissent dans ce domaine diverger encore davantage que dans celui de la procédure pénale applicable aux adultes; la discussion du modèle risquerait de déborder. Par ailleurs, l'adoption d'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, qui contiendra aussi des dispositions de procédure, doit être liée à la révision totale de la partie générale du code pénal suisse. Cela n'aurait pas grand sens d'amener, en l'état actuel des choses, les deux projets législatifs (Partie générale et codification du droit de procédure pénale) dans une situation de concurrence inopportune.

■ ***La procédure d'amendes d'ordre***

Le prononcé d'amendes d'ordre pour des contraventions au droit fédéral rend inutile une procédure pénale pour autant que l'intéressé acquiesce. Il existe ainsi une certaine connexité entre amendes d'ordre et procédure pénale.

Les cantons ne sont en principe pas compétents pour dresser le catalogue des amendes d'ordre relatif aux contraventions de droit fédéral. Cette matière relève, et ceci aussi en dehors du droit de la circulation routière, de la compétence de la Confédération. On pourrait envisager d'introduire dans un code de procédure pénale fédéral des dispositions générales sur la procédure en matière d'amendes d'ordre, en réglant, par exemple, les modalités de paiement, la gratuité de la procédure, le refus par l'intéressé de se soumettre à la procédure simplifiée, la force de chose jugée et le prononcé d'amendes d'ordre dans la procédure ordinaire (cf. p.ex. art. 6 ss de la loi fédérale sur les amendes d'ordre, LAO, RS 741.03, applicable aux contraventions du droit de la circulation routière)

La Commission d'experts souhaite réserver cet objet de la législation spéciale de la Confédération et renonce à formuler des propositions pour régler de façon générale le droit des amendes d'ordre dans le code de procédure pénale. Elle ne considère pas qu'il s'agit ici d'un chapitre central de l'unification.

5.113 La procédure pour les infractions au droit cantonal

Les cantons ont la compétence d'édicter leur propre législation pénale en matière de contraventions de police, de contraventions aux prescriptions d'administration et de procédure et de contraventions en matière fiscale (art. 335 CPS). Ils sont seuls compétents pour l'exécution de cette législation, de sorte qu'un code de procédure pénale suisse ne peut prétendre s'appliquer également à ces affaires pénales.

Du point de vue de la matière, il paraîtrait indiqué que la mise en œuvre du droit contraventionnel cantonal (art. 335, ch.1, CPS) soit le fait des mêmes autorités et se réalise selon les mêmes règles que les affaires pénales fédérales. Mais la décision sur ce point incombe aux cantons. De toutes façons, ceux-ci devront édicter des prescriptions sur l'introduction et l'application du code de procédure pénale unifié; ils auront également alors la possibilité de se prononcer sur la question de savoir si et dans quelle mesure les „contraventions“ et le “droit pénal administratif“ du canton (v. note marginale ad art. 335 CPS) doivent être poursuivis selon les règles du code de procédure pénale fédéral.

La procédure relative à la poursuite des *délits fiscaux* cantonaux (art. 335, ch.2 CPS) ne relève pas non plus du champ d'application du code de procédure pénale suisse. Cette procédure se déroule souvent aujourd'hui selon des règles spéciales contenues dans les lois fiscales. Les cantons devront décider s'ils maintiennent ces règles ou s'ils veulent adapter leur procédure au code de procédure pénale fédéral.

5.12 Autorités de l'administration de la justice pénale ⁶³

Un code fédéral de procédure pénale doit définir les fonctions et les tâches des autorités les plus importantes du procès pénal, à savoir la police, le ministère public, le juge d'instruction, le tribunal et certaines autorités administratives. L'organisation de ces instances reste de la compétence des cantons.

5.121 Aperçu des autorités

Les autorités du procès pénal sont:

- la police;
- le juge d'instruction;
- le ministère public;
- les tribunaux;
- les autorités administratives investies de compétences pénales.

5.122 La police

La police remplit les *tâches de la police judiciaire*, en particulier dans le cadre de l'enquête. En outre, elle exécute les mandats du juge d'instruction.

Pendant l'enquête et durant l'instruction, la police est soumise à la direction et à la surveillance du juge d'instruction.

L'organisation de la police incombe pour le surplus aux cantons.

⁶³ Traduit de l'allemand.

5.123 Le juge d'instruction

Le juge d'instruction *dirige la poursuite pénale* et décide de l'ouverture d'une enquête ainsi que de sa suspension. En outre, il surveille la police, décerne des mandats d'arrêt et procède au renvoi des affaires à l'autorité de jugement.

L'*organisation* des offices d'instruction pénale entre dans la compétence des cantons.

Sur le plan professionnel, les juges d'instruction sont soumis au tribunal d'accusation; *du point de vue disciplinaire*, ils dépendent du tribunal supérieur.

5.124 Le ministère public

Le ministère public *représente* l'Etat. Il soutient en particulier l'accusation devant les autorités de jugement.

Son organisation incombe aux cantons.

Il convient de déterminer si et dans quelle mesure le ministère public doit être indépendant de l'Exécutif.

5.125 Les tribunaux

L'*organisation* des tribunaux appartient aux cantons.

Il est toutefois nécessaire de prévoir un *juge unique*, si la peine prévisible est de peu d'importance et, dans les autres cas, une juridiction collégiale. La fixation de la limite est de la compétence des cantons.

Les cantons sont cependant obligés d'introduire des tribunaux de première instance et un tribunal supérieur en tant qu'*autorité de recours*. En outre, une *chambre d'accusation* doit exercer les fonctions d'autorité de plainte.

5.126 Les autorités administratives investies de compétences pénales

Dans la mesure où elles sont chargées de la poursuite et du jugement d'infractions, les autorités administratives doivent également être considérées comme des instances pénales. Les cantons ont la faculté d'attribuer le jugement des contraventions à des autorités non judiciaires (p.ex. Oberamtmänner; cf. art. 345, ch.1, al.2, CPS; infra chap. 5.25, Les procédures spéciales)

Pour des instances non judiciaires de ce type, les règles relatives aux juges d'instruction s'appliquent par analogie. Au demeurant, le code de procédure pénale fédéral doit préciser dans quel domaine du droit contraventionnel ces autorités administratives ont la compétence de rendre des décisions dans le sens d'ordonnances pénales.

5.13 Le for de la poursuite et l'entraide judiciaire

Les règles du code pénal sur le for ainsi que les dispositions du Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale deviendront partie intégrante du nouveau code unifié. L'entraide judiciaire internationale doit pour l'essentiel continuer à être réglée dans l'EIMP et les conventions internationales; en la matière, une attention particulière doit être prêtée à la rapidité de la procédure.

5.131 La compétence territoriale

5.131.1 La situation actuelle

La compétence territoriale est actuellement réglementée principalement aux articles 346 à 351 CPS. Mais d'autres dispositions ou lois particulières ⁶⁴ instituent des *fors spéciaux*.

5.131.2 Propositions de la Commission

- Au point de vue systématique, il se justifie d'incorporer les dispositions régissant le for dans la loi de procédure pénale fédérale; en conséquence, les articles 346 à 351 CPS doivent être *abrogés*.
- Le système instauré par le code pénal en matière de compétence territoriale ne prête pas flanc à critique; les règles du code pénal peuvent dès lors être reprises *telles quelles* dans la loi de procédure. Tout au plus convient-il de réserver les *fors spéciaux* prévus par la législation complémentaire.
- La procédure concernant la détermination de la juridiction au plan intercantonal doit être développée de façon détaillée. Ainsi, l'actuel article 351

⁶⁴Par exemple articles 22 DPA, 27 alinéa 1 LDMI, 84 LBI.

CPS, relatif à la procédure de contestation en matière de for devant la chambre d'accusation du Tribunal fédéral, doit être conçu de façon plus détaillée.

5.132 Entraide judiciaire

5.132.1 Notion et définition

L'entraide judiciaire est généralement *définie* comme l'activité déployée par les autorités d'un Etat (ou d'un canton) à la demande et dans l'intérêt de l'autorité judiciaire d'un autre Etat (respectivement canton). Elle tend principalement à faciliter l'activité judiciaire en favorisant la coopération des autorités judiciaires entre elles au-delà des frontières.

5.132.2 L'entraide judiciaire nationale

■ *Le droit actuel*

Jusqu'à l'entrée en vigueur du concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale⁶⁵, l'entraide judiciaire en matière pénale était pour l'essentiel réglée par les articles 352 ss CPS, 30 DPA, 27 ss, 252 et 253 PPF, dispositions qui se fondent sur les articles 67 et 64bis cst.

Pour coordonner l'action des cantons dans le domaine répressif, l'*article 352 CPS*, complété par l'article 252 PPF, prévoit un devoir d'assistance intercantonal ainsi qu'entre la Confédération et les cantons, dans les *causes de droit pénal fédéral*. Les dispositions des articles 352 ss CPS réglementent l'entraide judiciaire intercantonale en matière pénale. Il s'agit de *règles minimales* qui, au moment où elles ont été établies, constituaient des prescriptions jugées optimales pour assurer la répression de la criminalité de l'époque. Mais, aujourd'hui, force est de constater qu'elles ne répondent plus au besoin de la *lutte contre la criminalité moderne*.

Cette situation lacunaire a abouti à l'adoption du *Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale*. Les cantons - qui tous ont adhéré au Concordat - se sont ainsi dotés de prescriptions plus favorables à l'application uniforme du droit pénal fédéral. Aussi, partout en Suisse, l'entraide judiciaire est-elle réglée maintenant exclusivement par les articles du Concordat du 5 novembre 1992 qui, dès sa ratification, est d'*application immédiate* à l'intérieur des cantons signataires. *Matériellement*, le

⁶⁵ RS 351.71.

Concordat permet aux autorités judiciaires de procéder à d'importants actes d'enquête *directement* et *en appliquant leur propre droit de procédure*⁶⁶. De cette manière, la compétence *territoriale* des autorités chargées d'une affaire particulière est étendue.

■ **Propositions de la Commission**

De l'avis de la Commission, il se justifie d'introduire dans la loi de procédure des dispositions concernant l'entraide judiciaire intercantonale et de reprendre la plupart des dispositions du Concordat.

En outre, les dispositions des articles 352 ss CPS étant obsolètes, il convient de les *abroger*. Seules les dispositions des articles 351^{bis} à 351^{septies} CPS devraient être reprises, s'agissant de l'entraide en matière de police. Il conviendra par ailleurs d'examiner si les dispositions topiques de la *loi fédérale sur les offices centraux de police criminelle*⁶⁷ ne devraient pas être transposées dans le code de procédure pénale fédéral.

Il conviendra d'envisager, dans la nouvelle loi de procédure, une section consacrée à la *compétence territoriale* des autorités judiciaires cantonales et fédérales, ainsi qu'aux *formalités* à respecter pour exercer les actes de procédure sur le territoire d'autres cantons, en reprenant les principes établis par le Concordat et qui ont fait leurs preuves jusqu'à ce jour.

Il s'agira en outre de régler les *commissions rogatoires*, à savoir l'entraide judiciaire intercantonale proprement dite.

Enfin, à l'instar du Concordat, il y aura lieu, dans les dispositions transitoires, d'imposer aux cantons la désignation d'une *autorité unique* en matière d'entraide judiciaire intercantonale, compétente pour recevoir les communications nécessaires et solliciter le concours de la force publique du canton requis, ceci afin de faciliter au maximum la procédure d'entraide et de coopération.

5.132.3 L'entraide judiciaire internationale

■ **Le droit actuel**

L'entraide internationale est pour l'essentiel régie par la *loi fédérale sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (EIMP)*⁶⁸, qui a ajusté le droit national aux diverses conventions bilatérales et multilatérales concernant la collaboration internationale en matière pénale auxquelles la Suisse a adhéré.

⁶⁶ La question du droit applicable ne se poserait naturellement plus sous l'empire d'un droit de procédure pénale unifié.

⁶⁷ RS 172.213.71.

⁶⁸ RS 351.1.

L'EIMP facilite la collaboration dans le domaine de l'entraide internationale en fixant la procédure à suivre, tout en améliorant la sécurité du droit et la protection juridique des personnes touchées. Elle prescrit différentes obligations pour les cantons, notamment des devoirs de collaboration (art. 16), ainsi que l'obligation d'instituer une voie de recours contre certaines décisions (art. 23, 106 al. 3).

■ *Propositions de la Commission*

Vu la complexité de l'entraide internationale en matière pénale, la Commission considère qu'il n'est pas possible d'intégrer dans une loi de procédure fédérale la totalité des dispositions la régissant. Il convient dès lors de préciser, dans le code de procédure pénale, que l'entraide est régie par les dispositions du droit fédéral, notamment l'EIMP et les différents accords et traités internationaux auxquels la Confédération est partie.

Toutefois, s'agissant de la procédure cantonale, se pose la question de savoir si - et dans quelle mesure - il convient de maintenir une voie de recours (cantonale) contre les décisions de l'autorité cantonale d'exécution de première instance, telle que prévue par l'article 23 EIMP et, parallèlement, la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral contre toutes les décisions de dernière instance cantonale (art. 25 EIMP). La Commission est d'avis qu'il conviendrait de réduire les voies de recours à une seule voie de droit. A tout le moins conviendrait-il de limiter les griefs - en cas de maintien de la double voie de recours - que les recourants peuvent faire valoir devant le Tribunal fédéral, pour accélérer la procédure d'entraide.

5.14 Principes généraux régissant la procédure pénale ⁶⁹

Les principes généraux de procédure pénale les plus importants doivent être codifiés dans un futur code fédéral de procédure pénale.

5.141 Généralités

De nombreux codes de procédure pénale codifient, expressément ou implicitement, des règles générales de procédure.

5.142 Codification des maximes régissant le procès pénal

■ ***Respect de la dignité humaine et objectivité***

Dans toute procédure, les organes du procès pénal doivent respecter la *dignité humaine* des participants à la procédure et l'objectivité.

Le respect de la dignité humaine et de l'objectivité sont des principes essentiels de la procédure pénale. La règle du respect de la dignité humaine ne s'applique pas seulement au prévenu, mais aussi, par exemple, aux victimes d'infractions, qui participent à la procédure comme lésé ou comme témoin.

■ ***Principe de la légalité des poursuites***

Le principe de la légalité des poursuites dans le sens de l'obligation de poursuivre est conforme à l'intérêt public et assure l'égalité devant la loi. Il convient cependant de prévoir des exceptions en vertu du principe de l'opportunité, car la poursuite et la clarification de tous les actes punissables sans exception peuvent conduire à des difficultés dans des cas particuliers (cf. ci-dessus ch. 4.1).

⁶⁹ Traduit de l'allemand.

■ **Principe de la vérité matérielle et maxime de l'instruction**

La recherche de la vérité matérielle exige que les organes du procès pénal éclaircissent d'office les faits, même en l'absence de toute plainte. Ce principe figure dans tous les codes suisses de procédure pénale, même si ce n'est pas toujours de manière explicite⁷⁰.

■ **Procédés interdits**

Il est défendu, pour obtenir des dépositions, d'utiliser des procédés tels que la contrainte, la force, la torture, la menace, la tromperie, de fausses promesses, ainsi que des moyens qui réduisent la faculté de penser d'une personne ou sa liberté de se déterminer (même si la personne concernée est d'accord sur l'utilisation de ce procédé). Ce principe découle de l'exigence de la vérité matérielle. Les dépositions obtenues de manière illicite ne peuvent être utilisées.

■ **Principe de la célérité**

L'obligation de mener une procédure avec diligence résulte de l'article 4 Cst et des articles 5 chiffres 3 et 6 CEDH.

■ **Principe ne bis in idem**

Le principe ne bis in idem, qui interdit d'engager après un jugement définitif d'acquiescement ou de condamnation une nouvelle poursuite en raison des mêmes faits, est un principe de droit fédéral⁷¹, qui résulte en outre de l'article 4 du Protocole n° 7 à la CEDH. Il existe des exceptions, notamment les dispositions sur la révision. Divers codes de procédure connaissent déjà cette règle.

■ **Le principe de la publicité**

On parle de publicité de la procédure, lorsque les parties au procès, éventuellement aussi le public, peuvent assister directement aux débats oraux dans la salle du tribunal⁷². Le principe de la publicité – on distingue entre publicité à l'égard des parties et publicité à l'égard du public – compte parmi les garanties essentielles énoncées à l'article 6, chiffre 1, CEDH. A certaines conditions, le public peut être exclu des débats, notamment pour des motifs de bonnes mœurs ou pour sauvegarder les intérêts dignes de protection d'un participant au procès⁷³.

⁷⁰ HAUSER/SCHWERTI, p. 208.

⁷¹ ATF 86 IV 52.

⁷² SCHMID, note 152 ss.

⁷³ SCHMID, note 166 ss.

■ **Obligation de discrétion**

Il est interdit aux autorités de poursuite pénale, à leurs auxiliaires ainsi qu'aux experts et aux interprètes en justice de donner des renseignements à des tiers sur la procédure à laquelle ils ont participé, à l'exception des faits généralement connus.

Il y a lieu de prévoir encore d'autres *exceptions à l'obligation de discrétion* que celle de la publicité des débats (cf. supra):

- *L'information des autorités compétentes*, lorsqu'un intérêt public prépondérant le justifie (par exemple s'il apparaît nécessaire d'ordonner des mesures d'assistance, des mesures tutélaires ou des mesures administratives). Exemples: dénonciation des paiements d'argent noir aux autorités fiscales et des actes délictueux d'un enseignant à l'égard des élèves à la direction scolaire.
- *L'information du public* si sa participation semble nécessaire pour éclaircir des infractions ou si les renseignements sont justifiés pour prévenir ou tranquilliser la population, pour rectifier de fausses nouvelles ou lorsque l'importance particulière de l'affaire l'exige.
- La publication par les autorités de poursuite pénale de *brefs communiqués* sur des délits locaux sans indication du nom des personnes concernées.
- La *consultation des dossiers par les autorités ou les tiers*, lorsque ceux-ci justifient d'un intérêt légitime et que cette communication ne nuit pas à la procédure ni ne lèse des intérêts privés dignes de protection (cf. aussi ci-dessous ch. 5.213).

■ **Principe de la présomption d'innocence**

Le principe de la présomption d'innocence qui figure aussi dans divers codes de procédure pénale en vigueur repose notamment sur l'article 6, chiffre 2, CEDH.

Il découle de la présomption d'innocence que le *fardeau de la preuve* incombe en principe à l'accusation; il reste toutefois possible de réserver expressément des exceptions.

De la présomption d'innocence est également déduit le *principe de la libre appréciation des preuves*, selon lequel seule est déterminante pour l'appréciation de la faute la libre opinion personnelle du juge.

■ **Le principe in dubio pro reo**

Il doit être tranché en faveur du prévenu, s'il existe un doute objectif important sur sa participation ou sa faute.

■ *Principe d'accusation*

Selon ce principe, une condamnation ne peut être prononcée qu'à la suite d'un acte d'accusation.

■ *Autres principes*

- Le *principe d'immutabilité ou d'indisponibilité*, selon lequel toute procédure doit se terminer par un jugement de condamnation, d'acquittement ou une décision de non-lieu.
- Le *droit d'être entendu* (qui découle de l'article 4 Cst et de l'article 6 CEDH).
- Le *principe de la bonne foi*.
- L'*interdiction de l'abus de droit*.

5.143 Protection des données

Les organes de poursuite pénale, y compris la police, doivent pouvoir traiter toutes les données personnelles nécessaires à la recherche d'infractions, à l'instruction et au jugement. Cela concerne aussi les données sensibles et les profils de la personnalité⁷⁴. Les systèmes informatiques sont aujourd'hui indispensables pour les recherches⁷⁵, l'instruction⁷⁶ et l'administration des preuves.

Les droits d'accès et de consultation prévus par la loi sur la protection des données ne peuvent être accordés en principe sans condition pour les dossiers pénaux et les systèmes d'information de la police de peur d'entraver le but de l'instruction. Pour l'inculpé et les autres parties à la procédure, la protection des données est assurée dans le cadre du droit de consulter le dossier. Les personnes, qui ne sont pas parties, doivent pouvoir, sur requête, consulter les données qui les concernent pour autant toutefois que des intérêts publics ou privés prépondérants ne s'y opposent pas.

⁷⁴ Selon l'article 3, lettre c, de la loi fédérale sur la protection des données, font parties des données sensibles "les données personnelles sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives". La loi fédérale sur la protection des données ne s'applique pas à la poursuite pénale ; celle-ci est régie par les articles 29bis et 102bis - 102quater PPF et les articles 351bis - 351septies CPS.

⁷⁵ Par exemple, le système de recherche des personnes et des objets RIPOL et le travail de collaboration au sein de l'organisation internationale de police criminelle INTERPOL.

⁷⁶ Par exemple, le système de traitement des données en matière de drogue (DOSIS), le système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat (ISIS) et le système, en préparation, de traitement des données sur la criminalité organisée (ISOK).

Le traitement et, en particulier, la communication des données prélevées par la police doit être *limité de manière étroite*: le traitement dans d'autres buts que celui de la poursuite pénale est en principe interdit et la communication à des tiers n'est autorisée que pour le déroulement de la procédure et dans le cadre de l'entraide judiciaire et administrative légales. Les données personnelles figurant dans les dossiers pénaux sont archivées à la fin de la procédure et ne peuvent être réutilisées que si elles peuvent apporter des éclaircissements dans une autre procédure. Après la fin de l'enquête, la police ne peut continuer à traiter les données personnelles que pour un temps limité.

En règle générale, les données personnelles, prélevées lors d'une procédure pénale, qui ne s'avèrent pas pertinentes doivent être *détruites*. La loi doit préciser à quelles conditions elles peuvent être traitées par la police et dans le système informatique pour un temps limité, en particulier lorsqu'elles concernent des infractions non élucidées.

5.15 Les parties et les autres intervenants à la procédure; l'assistance des parties

La confusion qui règne dans les codes de procédure pénale relativement à la désignation des parties doit être remplacée par une terminologie unifiée. Celle-ci repose sur trois piliers: le ministère public, le prévenu et la partie plaignante. Par ailleurs, le lésé doit pouvoir prendre des conclusions tant au civil qu'au pénal. La réglementation de l'assistance des parties et des autres intervenants doit s'inspirer des nouveaux codes de procédure cantonale.

5.151 Les parties et autres intervenants à la procédure

5.151.1 Situation actuelle

■ *Qui a la position de partie?*

D'une manière générale dans les codes de procédure pénale de la Suisse, on reconnaît la qualité de partie au procès pénal au *ministère public* (souvent avec un statut privilégié), au *prévenu* et à la *victime* ou *lésé*.

D'autres intervenants tels que le *plaignant* selon l'article 28 CPS, le *dénonciateur*, le *tiers touché par une mesure* (p. ex. confiscation), l'*administration* (services cantonaux et fédéraux) sont certes des sujets du procès qui ont qualité pour intervenir dans celui-ci; toutefois, les droits cantonaux de procédure ne leur reconnaissent pas toujours la qualité de partie au sens procédural du terme. Ces *tiers intervenants* ne peuvent exercer dans le procès que certains droits limités, notamment lorsqu'ils sont touchés par une mesure ou parce que le code de procédure les "assimile" à une partie⁷⁷.

■ *Terminologie*

La terminologie utilisée pour les différentes parties au procès varie d'une législation à l'autre.

⁷⁷ Par exemple à Genève pour le plaignant.

Ainsi, s'agissant du *défendeur* au procès pénal, on utilise, selon les différents stades du procès et les législations, les dénominations suivantes: a) suspect; b) prévenu; c) inculpé et d) accusé. En terminologie allemande, on utilise les termes de a) Verdächtiger; b) Beschuldigter; c) Angeschuldigter; d) Angeklagter, étant précisé que les termes utilisés sous b et c ont pratiquement la même signification.

5.151.2 Propositions de définitions de la Commission

■ *Le ministère public*

Le ministère public est le demandeur principal au procès pénal chargé d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi dans l'intérêt de la société. Sur le rôle du ministère public, voir également ci-dessus sous chapitre 3.1.

■ *La partie plaignante*

Celui qui a été atteint immédiatement par une infraction dans ses droits protégés par la loi, c'est-à-dire le lésé ou la victime, peut, en qualité de partie plaignante, exercer dans la procédure les droits d'une partie. La partie plaignante peut participer activement à la procédure et demander la condamnation pénale de l'auteur (*Privatstrafläger*) ou introduire une action civile (*Zivilklage*) devant les autorités de justice pénale.

Le plaignant peut ainsi, selon divers codes de procédure, intervenir sur deux plans au procès pénal, soit au côté du ministère public, en requérant la *condamnation de l'auteur de l'infraction*, soit comme partie civile proprement dite, en réclamant la *réparation du dommage* né de l'infraction, soit les deux à la fois. L'intervention du plaignant n'est toutefois qu'*accessoire* à celle du ministère public.

Les personnes victimes d'*infractions contre l'intégrité sexuelle* ont des droits spécifiques en procédure (cf. infra chap. 5.16, ch. 5.161.3).

■ *Le prévenu*

Le prévenu est la personne qui est nommément désignée dans une dénonciation, une plainte ou un autre acte de procédure comme auteur présumé d'une infraction et contre qui la poursuite pénale est dirigée.

La Commission est d'avis qu'il convient d'utiliser *une seule dénomination* pour qualifier le défendeur au procès pénal, après l'ouverture des poursuites pénales. Le terme "prévenu" reste inchangé du début de l'enquête de police jusqu'au jugement.

5.152 L'assistance des parties ⁷⁸

Les lois de procédure pénale de la Confédération et des cantons contiennent des dispositions plus ou moins détaillées sur la défense du prévenu, qui doivent être harmonisées tant du point de vue de leur terminologie, que de leur contenu, dans un code de procédure pénale fédéral. Ce faisant, elles doivent être mises à jour à la lumière de la jurisprudence pertinente relative à l'article 4 cst (droit à l'assistance judiciaire gratuite dans le procès pénal) et à l'article 6, chiffre 3, lettre c, CEDH (droit à l'assistance d'un avocat).

5.152.1 La défense du prévenu⁷⁹

■ *Défense facultative*

Aux termes des lois de procédure pénale actuellement en vigueur, le prévenu peut, en tout temps au cours de la procédure et indépendamment de l'importance ou de la difficulté du cas, se faire assister d'un avocat (défense facultative). Des limites à la liberté de choix sont concevables, si elles touchent au nombre de défenseurs ou réservent la défense aux avocats pratiquants et aux professeurs des hautes écoles suisses (cf. p.ex. art. 35, al. 2 et 3, PPF) . De plus, le principe de la liberté d'accès au marché trouve application ⁸⁰.

■ *Défense obligatoire*

A certaines conditions, le prévenu doit avoir un avocat, même s'il n'en veut pas (défense obligatoire). On distingue traditionnellement en droit actuel notamment les cas suivants de défense obligatoire:

- handicap mental ou physique, jeune âge, inexpérience (p.ex. art. 36, al. 1, PPF, art. 50, ch. 2, let. b, CPP-BE, art. 104 CPP-VD, § 11, al. 2, ch.1, CPP-ZH);

⁷⁸ Traduit de l'allemand.

⁷⁹ Sur les droits de la défense, cf. également ch. 5.195.7 (les contacts du détenu avec son défenseur) et ch. 5.222.4 (connaissance donnée au prévenu de ses droits).

⁸⁰ Cf. art. 2 disp. trans. cst et la loi sur le marché intérieur du 6.10.1995 (LMI, RS 943.02), ainsi que le jugement du Tribunal fédéral destiné à la publication du 30.5.1997 dans la cause H. contre Cour suprême du canton de Berne: l'obligation faite à un avocat établi dans le canton de Zurich de produire un certificat de bonnes mœurs pour obtenir une autorisation d'exercer sa profession dans le canton de Berne viole le principe de la liberté d'accès au marché au sens des articles 2 et 3 LMI. Dans le même contexte, il faut mentionner le projet de loi fédérale sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats; LLCA), à la réglementation de laquelle le CPP fédéral pourrait renvoyer. Le développement des relations de la Suisse avec l'Europe déterminera la mesure dans laquelle la liberté d'accès au marché doit être étendue aux avocats étrangers.

- lourde peine privative de liberté envisagée: au moins 6 mois (ainsi art. 47, let. b, CPP-SH), en partie après 1 an (p.ex. BE et ZH), ou seulement dès 18 mois (p.ex. § 9, al. 1, let. c, CPP-SO), ainsi qu'en cas de mesures privatives de liberté;
- détention préventive; la durée, qui fonde la défense obligatoire, varie: c'est souvent le cas seulement après 1 mois (p.ex. art. 36, al. 1, PPF, 50, ch. 1, CPP-BE, art. 104, al. 1, CPP-VD), parfois plus tôt (p.ex. SO: 3 semaines, ZH: 5 jours), voire même tout de suite (art. 49, al. 2, CPP-TI);
- comparution personnelle du ministère public devant le tribunal.

■ **Défense d'office**

A certaines conditions déterminées, le prévenu, qui n'a pas les moyens de payer un avocat, a le droit de se faire désigner un défenseur d'office (défense gratuite).

Cela concerne d'abord tous les cas de défense obligatoire, dans lesquels l'intéressé ne choisit pas lui-même un défenseur. Mais on peut envisager d'autres constellations, selon que les conditions de la défense obligatoire sont prévues plus ou moins largement.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un défenseur d'office ne doit pas être octroyé au prévenu seulement lorsqu'une sanction privative de liberté ferme doit être envisagée, mais déjà lorsque la cause pénale ne constitue pas une bagatelle *et* qu'elle présente des difficultés sur le plan des faits ou du droit, que le prévenu ne peut affronter seul⁸¹. Plusieurs codes de procédure pénale cantonaux vont encore plus loin en prévoyant la possibilité de la nomination d'un défenseur d'office en cas de complexité de l'état de fait ou de la situation de droit, c'est-à-dire indépendamment de la gravité du délit⁸².

5.152.2 L'assistance d'autres participants à la procédure

Le droit de se faire assister dans la procédure par un avocat de son choix ne vaut pas seulement pour le prévenu, mais également pour tous les tiers intervenant à titre privé, en particulier pour le lésé, soit le plaignant, pour reprendre la terminologie de la Commission (ainsi expressément à l'art. 49 CPP-BE).

⁸¹ ATF 122 I 49, 51 s. avec références.

⁸² Cf. p.ex. l'art. 51, al.3, CPP-BE: la défense d'office *doit* déjà être accordée, sur requête, au prévenu impécunieux après 5 jours de détention préventive, ainsi que lorsqu'il y a lieu d'envisager une peine privative de liberté de plus de 6 mois; elle *peut* de plus être octroyée "si elle semble s'imposer pour des raisons particulières, notamment en cas de complexité de l'état de fait ou de la situation de droit"; l'art. 48, al.2, CPP-SH prévoit une réglementation semblable.

Le lésé dans le besoin a de plus, selon les circonstances, le droit à l'assistance judiciaire gratuite. Celle-ci peut englober l'assistance d'un avocat, si, à défaut, le lésé ne pourrait pas faire efficacement valoir ses droits dans la procédure. Si le lésé vise exclusivement la condamnation de l'auteur, l'octroi d'un défenseur d'office doit être envisagé toutefois avec davantage de retenue que dans les cas où il fait valoir (également) des prétentions civiles dans la procédure pénale⁸³; en effet, dans le premier cas, l'action pénale est de toute façon soutenue par l'Etat. Dans tous les cas, la décision doit être soumise à la condition que l'affaire ne paraisse pas d'emblée vouée à l'échec.

5.153 Synthèse des propositions de la Commission

- Le code de procédure pénale unifié doit reconnaître la qualité de partie au ministère public, à la partie plaignante et au prévenu.
- Peut se constituer partie plaignante celui qui a été atteint immédiatement dans ses droits juridiquement protégés par une infraction, c'est-à-dire le lésé et la victime.
- Les plaignants doivent pouvoir intervenir dans la procédure aussi bien sur le plan pénal, aux côtés du ministère public, que sur le plan civil, à titre indépendant.
- La personne présumée coupable doit être qualifiée de prévenu depuis l'enquête de police jusqu'au jugement.
- Les autres intervenants au procès ne doivent se voir reconnaître des droits que dans la mesure de leurs intérêts spécifiques (cela concerne notamment le droit d'être entendu, le droit de recourir ou le droit de proposer des moyens de preuve).
- Le statut de la défense du prévenu, facultative, obligatoire ou d'office, doit être réglé en s'inspirant de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de l'évolution observée dans les nouveaux codes de procédure pénale cantonaux.
- Le lésé indigent doit pouvoir bénéficier de l'assistance gratuite d'un avocat, lorsqu'il ne peut faire efficacement valoir ses droits, ni par lui-même, ni par son représentant légal et que la cause ne paraît pas d'emblée vouée à l'échec.

⁸³ HAUSER/SCHWERI, p. 133, note 19.

5.16 Les droits des parties en procédure

Un code de procédure pénale moderne devrait garantir le droit à "l'égalité des armes" dès l'ouverture des poursuites pénales contre le prévenu. En outre, la victime devrait bénéficier de droits spécifiques visant à protéger sa personnalité.

5.161 Situation juridique actuelle

5.161.1 Généralités

Alors que le procès civil met les parties sur un pied d'égalité et consacre ainsi "l'égalité des armes", dans le procès pénal, cette égalité n'est pas assurée à tous les stades de la procédure, notamment dans la phase préliminaire.

Ainsi, le prévenu peut être privé de sa liberté, du droit de communiquer avec des tiers et même avec son défenseur, du droit de prendre connaissance du dossier, etc. A tout le moins, la plupart des codes de procédure pénale cantonaux, et la procédure pénale fédérale, permettent de retarder l'exercice du droit d'être entendu, notamment d'accéder au dossier de l'affaire, d'assister aux actes d'instruction.

En outre, dans de nombreuses procédures cantonales et en procédure pénale fédérale, le ministère public est investi de droits plus étendus que les autres parties au procès, en particulier dans la phase préparatoire.

Enfin, avec l'adoption de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), la position de la victime dans le procès pénal a été renforcée de manière remarquable. C'est ainsi que cette loi assure à toute victime d'une atteinte directe à son intégrité corporelle, sexuelle ou psychique, une protection accrue de sa personnalité et qu'elle lui accorde ensuite des droits similaires à ceux du prévenu en procédure et des droits particuliers s'agissant des infractions à l'intégrité sexuelle.

5.161.2 La position du ministère public

La position du ministère public est réglée dans les cantons de façon très diverse. En effet, dans certains cantons, il exerce aussi bien les pouvoirs d'autorité de poursuite que d'instruction (Bâle-Ville et Tessin), alors que, dans d'autres, il a le

monopole de l'action publique, mais n'exerce aucun pouvoir d'instruction (Confédération, Genève, Jura et Neuchâtel). Enfin, dans d'autres cantons, il exerce des fonctions d'autorité de surveillance dans le cadre de l'instruction et de la procédure de renvoi (la majorité des cantons de Suisse-allemanique; cf. supra chap. 3.1).

En réalité - à l'exception de quelques cantons -, le ministère public n'a qualité de partie au procès, placée devant le juge sur le même pied d'égalité que les autres parties, que devant les tribunaux, au stade des débats.

En résumé, ce qui caractérise le ministère public dans la majeure partie des législations cantonales et en procédure fédérale, c'est sa position privilégiée en procédure préliminaire (enquête de police et instruction), attendu qu'on reconnaît à l'accusateur public des *droits spécifiques* (le ministère public peut en tout temps prendre connaissance du dossier et se le faire communiquer, assister aux actes d'enquête). Les droits correspondants du prévenu peuvent en revanche être limités.

5.161.3 La position de la victime et du lésé (partie plaignante)

Le lésé, respectivement la victime, c'est-à-dire la personne immédiatement touchée par un acte punissable, peut intervenir au procès sur deux plans, soit aux côtés de l'accusation (sur le plan pénal), soit à titre indépendant, accessoirement à l'action publique.

Les droits du lésé qui intervient en qualité de partie au procès pénal varient d'une procédure à l'autre, mais ils se présentent en général de la façon suivante:

- droit de solliciter l'ouverture de poursuites;
- droit de recourir contre une décision de classement ou de refus de suivre;
- droit de participer à la procédure en proposant ses moyens de preuve;
- droit à l'information;
- droit à la présence en procédure;
- droit d'être entendu;
- droit de discuter l'administration des preuves;
- droit d'utiliser les voies de recours;
- droit de se faire assister et représenter en procédure;
- droit d'obtenir l'assistance judiciaire gratuite et la désignation d'un mandataire d'office (s'il est indigent et que l'importance de la cause le justifie).

La *loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions* renforce la position des victimes d'actes de violence criminels, catégorie bien définie de lésés, grâce à

des dispositions visant à protéger la personnalité de ceux-ci. Elle garantit en particulier des *droits spécifiques à la victime dans quatre domaines* ⁸⁴:

■ **Les droits liés à la protection de la personnalité**

L'article 5 LAVI garantit à la victime une protection aussi large que possible de son *anonymat* à tous les stades du procès: en ne révélant son identité qu'en cas de nécessité; en prononçant le *huis clos* lorsque des intérêts personnels prépondérants l'exigent; en lui accordant le *droit de refuser d'être confrontée à l'auteur présumé*. L'article 7, alinéa 2, lui assure enfin le *droit au silence*, s'agissant des faits qui concernent sa sphère intime.

■ **Les droits spécifiques des victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle**

La victime d'une infraction contre l'intégrité sexuelle a un véritable *droit au huis clos*, alors que pour les autres infractions, le juge est tenu de procéder à une pesée des intérêts en présence (art. 5, al. 3). Elle peut en outre exiger d'être *entendue par une personne du même sexe qu'elle* (art. 10).

■ **Les droits d'intervention en procédure**

L'article 8 de la loi aménage à la victime un véritable statut de partie principale au procès. Il lui reconnaît en particulier le droit de faire valoir ses prétentions civiles en exerçant l'action civile devant le juge répressif; d'exiger qu'un tribunal statue sur le refus d'ouvrir l'action publique, le classement ou non-lieu; de former contre le jugement les mêmes recours que le prévenu si elle était déjà partie à la procédure et dans la mesure où cette sentence touche ses prétentions civiles ou peut avoir des effets sur le jugement de ces dernières.

■ **Le droit d'être informée de ses droits en procédure**

Avant toute audition et à tous les stades du procès, la victime de l'infraction pénale *doit être informée de ses droits* et, sur demande, l'autorité lui communique gratuitement les décisions et les jugements (art. 8 al. 2).

⁸⁴ Sur la position de la victime dans la procédure pénale depuis l'introduction de la LAVI, voir notamment CORBOZ, Les droits procéduraux découlant de la LAVI, SJ 1996, p. 53 ss et PIQUEREZ (Aide aux victimes), p. 24 ss.

5.161.4 Les droits du prévenu⁸⁵

L'ensemble du droit procédural en Suisse reconnaît au prévenu⁸⁶ les droits suivants:

- le droit au silence ou de ne pas s'incriminer soi-même;
- le droit d'être informé des raisons de son arrestation et d'être traduit aussitôt devant un magistrat;
- le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou d'être libéré pendant la procédure;
- le droit d'introduire un recours devant un tribunal pour qu'il statue sur la légalité de la détention;
- le droit de connaissance des charges;
- le droit à l'assistance d'un avocat;
- le droit à l'assistance d'un interprète;
- le droit d'accéder au dossier et d'en prendre copie;
- le droit de requérir des actes d'instruction, notamment de demander l'audition des témoins;
- le droit de participer activement à l'instruction;
- le droit de recourir contre les décisions juridictionnelles du juge d'instruction;
- le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la défense;
- le droit d'être informé de la fin de l'instruction et d'en discuter le résultat.

5.162 Propositions de la Commission

5.162.1 L'égalité des armes en procédure

La Commission est d'avis qu'un code de procédure pénale unifié, moderne, devrait consacrer, dès l'ouverture des poursuites pénales, le droit à l'égalité des armes entre parties. Selon ce principe, le prévenu ne devrait pas être placé dans

⁸⁵ Sur les droits du prévenu dans le procès pénal suisse, voir PIQUEREZ, Les droits de la défense dans le procès pénal suisse, in: Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, 1997, p. 71 ss et OBERHOLZER, p. 132 ss.

⁸⁶ En droit actuel, le suspect est la plupart du temps qualifié de prévenu au stade de l'instruction; cf. la définition du prévenu proposée par la Commission au chap. 5.15, ch. 5.151.2.

une position défavorable par rapport à l'accusation. Cette garantie ne s'applique toutefois pleinement que dans la phase du jugement, à moins que le droit cantonal ne l'assure au stade de l'instruction déjà. C'est le cas des codes modernes ou révisés récemment ⁸⁷. La doctrine récente ⁸⁸ et la jurisprudence ⁸⁹ préconisent d'accorder au prévenu, le défendeur au procès pénal, le droit de prendre connaissance du dossier dès le début de la procédure, c'est-à-dire dès que des poursuites pénales sont déclenchées contre une personne déterminée ou que celle-ci fait l'objet d'une mesure de contrainte. En tout état de cause, les droits d'intervention du prévenu en procédure ne devraient être *qu'exceptionnellement retardés et limités* à des affaires d'une *gravité particulière*. Cette tendance doit, de l'avis de la Commission, être également concrétisée dans le code de procédure pénale unifié.

5.162.2 Les droits spécifiques de la victime

Les droits spécifiques reconnus par la LAVI aux victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle devraient être repris dans le code de procédure pénale fédéral.

Il convient d'examiner si les droits reconnus par la LAVI à la victime d'une infraction qui porte atteinte à son intégrité corporelle, sexuelle ou psychique doivent être *étendus à toute victime d'infractions* ou s'il se justifie d'opérer une distinction entre différentes sortes de lésés.

⁸⁷ Cela concerne les lois de procédure modernes ou récemment révisées; cf. art. 244 al. 2 et 3 CPP BE, 95 al. 1 et 96 CPP SO, 218 CPP SH, 149 CPP AR, entre autres.

⁸⁸ Notamment HAUSER/SCHWERI, no 7, p. 327 et PIQUEREZ, no 1928.

⁸⁹ Notamment ATF 115 Ia 263.

5.17 Les actes de procédure

Une loi de procédure pénale unifiée doit définir les actes de procédure. En la matière, la Commission s'inspire essentiellement des pratiques cantonales actuelles.

La Commission est d'avis que les actes de procédure, soit tous les actes accomplis par les autorités judiciaires et par les parties dans le cadre d'une procédure pénale, doivent être réglés dans un code de procédure pénale unifié. En s'appuyant sur le droit en vigueur, la Commission propose pour l'essentiel la réglementation suivante:

5.171 Les actes de procédure accomplis par les autorités judiciaires

5.171.1 Les décisions judiciaires

On distingue, parmi l'ensemble des décisions que les autorités de poursuite, d'instruction et de jugement sont amenées à prendre tout au long du procès, les jugements (Urteile), les décisions (Beschlüsse) et les ordonnances (Verfügungen).

Les *jugements* sont les décisions rendues sur le fond de l'affaire et celles de nature procédurale qui terminent le procès devant la juridiction qui les prononce. En principe, les jugements ne sont prononcés que par les tribunaux. Toutefois, pour la faible criminalité, notamment les contraventions, le législateur peut attribuer la compétence de juger aux autorités de poursuite ou d'instruction, voire aux préfets.

Les autres actes du juge, de nature purement procédurale, qui ne répondent pas à la définition du jugement sont rendus par voie d'*ordonnance*, lorsqu'ils sont pris par un seul magistrat, ou de *décision*, lorsqu'ils sont pris par un collège. Les ordonnances et les décisions ne concernent que des points de procédure et non le fond de l'affaire (ouverture des poursuites, classement, renvoi, prolongation de délai, récusation, complément de preuve).

5.171.2 La notification des actes judiciaires

La notification, ou signification, est la formalité par laquelle on porte un acte de procédure à la connaissance d'une personne. C'est donc la remise, effectuée selon les formes légales, d'un acte de procédure écrit (citation, jugement) à une partie ou à une autre personne (par exemple au témoin).

La notification se fait généralement par voie postale, conformément à la loi fédérale sur la poste du 30 avril 1997⁹⁰. Elle peut également intervenir verbalement à l'audience ou par l'intermédiaire d'un fonctionnaire de police.

En principe, la notification directe d'une décision pénale à l'étranger par la voie postale est nulle, sous réserve d'un accord international. Cette notification doit se faire par la voie diplomatique ou, si un accord international le prévoit, par la transmission directe entre les autorités compétentes. Toutefois, les actes de nature pénale qui concernent des contraventions à des prescriptions sur la circulation routière peuvent être notifiés directement par la poste à leur destinataire en Suisse (art. 30 OEIMP).

5.171.3 La forme des débats judiciaires

■ *La langue officielle*

Il découle du principe de la territorialité de la langue garanti par la constitution que les cantons ont le droit de fixer pour leurs arrondissements judiciaires la langue du procès qui doit également être utilisée par la minorité linguistique; le cas des cantons multilingues est réservé. Dans leurs relations avec les autorités cantonales, les administrés doivent se servir de la langue officielle du canton.

■ *L'interprète et la traduction*

Lorsqu'une partie, un témoin ou un expert ne comprend pas la langue dans laquelle doit avoir lieu la procédure, le juge doit désigner un interprète. D'autre part, dès l'instant où la procédure doit être conduite dans la langue du siège du tribunal, les documents produits dans une autre langue doivent être traduits. La partie qui produit des pièces dans une langue étrangère se verra impartir un délai raisonnable pour présenter les documents avec une traduction dans la langue du for.

Par ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée

⁹⁰ RO 1997, 2452; RS 783.0.

contre elle (art.5, ch.2 CEDH); la Convention exige par ailleurs que tout accusé a droit, notamment, à être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et de manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui et de se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience (art. 6, ch. 3, let. a et e CEDH). L'assistance de l'interprète doit s'étendre à l'ensemble de la procédure (instruction et débats).

Il y a lieu d'examiner à quelles conditions on pourrait déduire un droit d'exiger la traduction gratuite du dossier ou d'un jugement. Ni la constitution fédérale, ni la CEDH ne confèrent aujourd'hui un tel droit au justiciable, s'il ne comprend pas la langue utilisée par le tribunal.

■ ***Le procès-verbal***

Toutes les opérations judiciaires faites par les parties et par le juge au cours du procès doivent être consignées dans un procès-verbal dressé par le greffier. Le procès-verbal est un élément essentiel du dossier, un témoin de tous les actes effectués, à toutes les phases du procès.

Le procès-verbal est un acte authentique, dont l'exactitude est présumée, tant que la preuve contraire n'est pas rapportée. En revanche, les rapports de police, les rapports officiels et les rapports d'expertise ne bénéficient pas d'une force probante particulière; ils sont soumis à la libre appréciation des preuves.

Le procès verbal est établi à la machine ou à la main. Pour être valable, il doit être signé par son auteur et par le juge. Et les procès-verbaux d'audition doivent de surcroît être lus au comparant ou par lui et signés de sa main.

La Commission est d'avis qu'un *procès verbal doit toujours* être tenu, aussi bien durant l'instruction qu'aux débats. Ce procédé permet de documenter de manière sûre le déroulement de la procédure, ce qui constitue un avantage non seulement du point de vue juridique, mais aussi en vue d'éventuelles procédures de recours. Les enregistrements électroniques, qui doivent après coup être transcrits, ne sont admissibles que dans des situations particulières (p.ex. lors d'auditions en langue étrangère ou dans des affaires complexes).

■ ***La police de l'audience et le pouvoir disciplinaire***

Dès l'ouverture des poursuites et jusqu'au prononcé du jugement, il appartient au juge, respectivement au président du tribunal, de diriger la procédure et de conduire les débats. Il décide de l'opportunité, du choix et de l'ordre de succession des différents actes à accomplir.

Le juge exerce la police de l'audience et prend les dispositions, préventives ou répressives, propres à garantir la sérénité et l'impartialité du débat judiciaire. Il peut faire expulser un perturbateur ou décider l'évacuation de la salle; ces

mesures sont susceptibles de s'exercer aussi bien à l'égard des parties, des mandataires que du public.

Le juge jouit d'un pouvoir disciplinaire, qui l'autorise à réprimer les perturbateurs. C'est ainsi qu'il pourra infliger une réprimande, une amende ou une courte peine d'arrêts en cas de non-comparution fautive ou de comparution tardive d'une personne dûment citée.

5.172 Les actes de procédure des parties

Parmi les actes de procédure des parties, on distingue les déclarations formatrices (retrait d'un recours, acquiescement du prévenu aux conclusions civiles) qui exercent un effet direct sur le procès, des requêtes (en complément de preuve, en prolongation de délai), qui n'ont qu'un effet indirect.

5.172.1 Les requêtes

Il s'agit des actes émanant des parties et sollicitant de la part du juge l'accomplissement d'un acte de procédure déterminé. Elles ne produisent qu'un *effet indirect* sur le procès, en ce sens que, de par leur nature, elles exigent une décision du juge, comme, par exemple la requête tendant à l'ajournement d'une audience ou les conclusions prises aux débats sur la culpabilité ou les frais.

5.172.2 Les déclarations formatrices

Ce sont les actes des parties qui exercent un *effet direct* sur le procès, en ce sens qu'ils modifient une situation de droit. Il en va ainsi du retrait de la plainte en cas de délit poursuivi sur plainte et de la renonciation à recourir; dans ces hypothèses, le procès est terminé par la seule volonté d'une partie, sans l'intervention du juge, qui ne peut qu'en prendre acte.

5.172.3 Les conditions de forme et de fond des actes procéduraux des parties

Les actes procéduraux des parties peuvent intervenir oralement ou par écrit.

Les déclarations formatrices – par exemple le retrait d'un recours - sont irrévocables et ne peuvent être assorties d'aucune condition. En revanche, les

requêtes, qui n'opèrent qu'un effet indirect sur le procès, sont révocables; elles peuvent être assorties de conditions, voire revêtir un caractère éventuel ou subsidiaire.

■ **Les délais**

Lorsque la loi fixe elle-même le délai dans lequel doit être accompli un acte, il s'agit d'un délai de rigueur, qui ne peut en principe pas être prolongé et dont l'inobservation entraîne la déchéance. En revanche, les délais et les termes imposés aux parties par le juge peuvent faire l'objet d'une demande de prolongation. Le non-respect de tels délais ou termes entraîne généralement le défaut de la partie intéressée.

De façon plus générale, lorsque l'inobservation d'un délai ou d'un terme implique une perte importante et définitive de ses droits, la personne en cause peut requérir la restitution (*restitutio in integrum*), si elle prouve que l'inobservation ne peut être imputée à faute ni à elle-même, ni à la personne qui la représente. C'est ainsi que pourront être invoqués une maladie subite, le retard d'un train, de faux renseignements reçus au sujet d'une voie de recours.

■ **Les conditions de lieu**

En principe, les parties doivent accomplir les actes procéduraux au siège de l'autorité compétente. Les déclarations de recours sont, en revanche, en général faites auprès de la juridiction qui a statué. Le recours déposé dans le délai légal auprès d'une autorité judiciaire incompétente est valable.

5.172.4 Les actes de procédure viciés des parties

Les actes de procédure accomplis sous l'empire de l'erreur et dont les effets sont indirects, c'est-à-dire soumis à l'intervention du juge, restent soumis à la disposition des parties jusqu'au jugement et peuvent être annulés librement et renouvelés par elles.

Au demeurant, les actes produisant un effet immédiat ne peuvent être annulés et renouvelés, même pour cause d'erreur; une erreur ne supprime pas leur caractère irrévocable. Toutefois, en vertu du principe de la bonne foi, le justiciable qui a été induit en erreur par les organes de justice sur les effets de son acte ou les conditions de forme ou de délai de celui-ci, n'a pas à pâtir de cette situation.

Tous les actes effectués sous la contrainte ou la menace sont nuls.

L'irrégularité d'un acte procédural peut engendrer une déchéance.

5.18 Moyens de preuve ⁹¹

Les différents moyens de preuve doivent être réglementés de manière explicite. C'est ainsi que la personne entendue à titre de renseignement est un moyen de preuve. Les principes importants du droit de la preuve, notamment l'interdiction d'utiliser des preuves obtenues illégalement, doivent être codifiés.

5.181 Généralités

Le chapitre sur les moyens de preuve doit contenir les règles applicables à *l'instruction et aux débats*. Les devoirs de la police pour sauvegarder les preuves sont décrits dans les prescriptions sur l'enquête de police.

La Commission s'inspire largement dans ses propositions de la réglementation des lois de procédure pénale actuelles.

5.182 Les différents moyens de preuve

Doivent être permis tous les moyens de preuve propres à découvrir la vérité, notamment les dépositions des prévenus, des personnes entendues à titre de renseignement, des experts ainsi que les inspections locales.

5.182.1 Témoins

Il convient d'abord de codifier l'*obligation de témoigner en tant que devoir général du citoyen*. Un témoin est obligé de comparaître et de dire la vérité.

■ ***Dispense de témoigner en raison des relations familiales***

Les témoins doivent bénéficier du droit de refuser de témoigner en raison des relations familiales. Il en va notamment ainsi des parents de sang et des parents par alliance en ligne directe et collatérale jusqu'au second degré, ainsi que des

⁹¹ Traduit de l'allemand.

demi-sœurs et des demi-frères. Les seuls *fiancés* ne sauraient bénéficier du droit de refuser de témoigner. Le conjoint de l'inculpé doit en revanche pouvoir invoquer ce droit, même si le divorce a été prononcé. Conformément aux codes de procédure pénale des cantons de Soleure, de Schaffhouse, de Berne et de Fribourg (nouveau CPP), la Commission est également favorable au droit de refuser de témoigner *des partenaires vivant en concubinage*. Une exception doit toutefois être prévue au droit de refuser de déposer en raison de relations familiales, lorsqu'un lien de cette nature existe entre l'auteur et la victime d'un délit grave (p.ex. lorsqu'un père porte atteinte à l'intégrité sexuelle de sa fille); dans ce cas, il faut fixer une *obligation de témoigner* de la victime et des autres proches, afin que de tels délits puissent être effectivement poursuivis. Quelques cantons connaissent déjà une réglementation de ce type⁹².

■ **Dispense de témoigner en cas de secret de fonction et de secret professionnel**

Le droit de refuser de témoigner s'impose en cas de secret de fonction et de secret professionnel (art. 320/321 CPS). Comme le prévoient déjà beaucoup de procédures, ce droit doit subsister même *après* que le secret professionnel a été levé. Si des personnes astreintes, aux termes de l'article 321^{ter} CPS, au secret des postes et des télécommunications doivent être entendues comme témoins, l'approbation préalable du juge compétent doit être requise.

La Commission se montre sceptique à l'égard d'une clause générale qui donnerait au juge le droit de libérer une personne de son obligation de témoigner lorsqu'un secret lui a été confié ou communiqué en vertu de sa profession, dans la mesure où l'intérêt à garder le secret l'emporte sur celui de la découverte de la vérité (cf. art. 16 CPP-SH).

Les droits de refuser de témoigner prévus dans des lois spéciales doivent être maintenus: tel est ainsi le cas de l'article 2 de la loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse ⁹³ et de l'article 4 de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions concernant les collaborateurs des centres de consultation. Il en va de même pour la protection du secret professionnel des *professionnels des médias*, conformément à la révision du droit pénal et de la procédure pénale des médias adoptée par le Parlement⁹⁴.

■ **Protection des témoins**

Le *droit de refuser de répondre* s'impose pour protéger les témoins et leurs proches d'une poursuite pénale, mais non en cas de menace d'importants

⁹² P.ex. art. 74, al. 2, CPP-AR.

⁹³ RS 857.

⁹⁴ Cf. FF 1997 IV 782 ss.

désavantages ou de danger de déshonneur (cf. ci-dessus chapitre 4.3 sur la protection des témoins).

Sur la réglementation de la problématique du „*témoin de la couronne*“, voir ci-dessus chapitre 4.3.

■ **Audition des témoins**

Le témoin décline tout d'abord son *identité*. Il doit être ensuite *invité à dire la vérité* sous la menace de la sanction prévue à l'article 307 CPS et informé d'un éventuel *droit de refuser de témoigner*.

Les questions posées au témoin portent essentiellement sur les faits de la cause ainsi que – dans la mesure où cela est important pour juger de sa crédibilité – sur ses relations avec les parties et sur sa situation personnelle. Des *auditions individuelles* et des *confrontations* doivent être possibles.

Dans des cas particuliers, il doit être possible d'organiser l'audition du témoin dans une pièce séparée de celle où se trouve le prévenu, afin que celui-ci puisse prendre connaissance de la déposition au moyen d'une *transmission par vidéo* (cf. ci-dessus chapitre 4.3. Protection des témoins).

Les témoignages doivent être *notés au procès verbal*. Des dépositions antérieures doivent pouvoir être utilisées lorsque le témoin n'invoque qu'ultérieurement (p.ex. aux débats) son droit de refuser de témoigner, pour autant toutefois qu'il ait été informé de ce droit lors de la précédente audition.

■ **Règles particulières pour l'audition des enfants et des victimes**

Les enfants de moins de 15 ans ne doivent pas être entendus comme témoins.

Le code fédéral de procédure pénale doit reprendre les dispositions spéciales relatives aux témoins de la *loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions*: il en va ainsi de la réglementation relative à la dispense de confrontation⁹⁵, à l'assistance de la victime interrogée comme témoin⁹⁶, au droit d'être entendu par une personne du même sexe⁹⁷ et au droit de refuser de déposer sur des faits qui concernent la sphère intime ⁹⁸.

■ **Conséquences pénales**

Pour éviter que des tiers (par exemple des médias) influencent d'autres témoins, le témoin peut être contraint, sous la menace des arrêts et de l'amende prévus à

⁹⁵ Art. 5, al. 4.

⁹⁶ Art. 7, al. 1.

⁹⁷ Art. 6, al. 3.

⁹⁸ Art. 7, al. 2.

l'article 292 CPS, de conserver le silence sur ses déclarations et sur ce qu'il a appris lors de l'audition. Quelques cantons connaissent une telle norme⁹⁹.

Lorsqu'un témoin refuse de déposer en l'absence de motifs de dispense de témoigner, il est rendu attentif aux conséquences de l'article 292 CPS et, s'il persiste à refuser de témoigner, il est puni en application de cette norme. La Commission d'experts a renoncé à la contrainte par corps prévue encore occasionnellement.

5.182.2 Personnes entendues à titre de renseignement

Le code fédéral de procédure pénale doit reprendre la figure, connue dans beaucoup de cantons ¹⁰⁰, de la personne entendue à titre de renseignement.

Peuvent être entendus en cette qualité:

- les personnes dont on ignore encore si elles sont auteurs ou participants,
- les enfants qui n'ont pas encore atteint l'âge de 15 ans révolus,
- les personnes qui ne sont pas capables de comprendre pleinement la portée d'un témoignage pour d'autres raisons,
- les personnes étroitement liées à l'objet de la procédure (par exemple la personne lésée, pour autant que le but de l'enquête n'impose pas son audition en qualité de témoin).

Les enfants de moins de 15 ans ne peuvent être entendus que si cela est absolument indispensable pour atteindre le but du procès; des auditions multiples doivent être évitées autant que possible.

De même que les témoins, les personnes entendues à titre de renseignement sont tenues de comparaître et sont invitées à dire la vérité. Elles n'ont en revanche pas l'obligation de témoigner; elles doivent y être expressément rendues attentives. Elles ne peuvent pas non plus être punies pour faux témoignage selon l'article 307 CPS en cas de fausse déposition.

Pour le surplus, les règles sur l'audition des témoins sont applicables par analogie.

⁹⁹ Par exemple § 100, al. 4, CPP-LU, art. 185 CPP-VD, art. 122 CPP-BE, art. 84 nouv. CPP-FR.

¹⁰⁰ Ainsi BE, LU, UR, SZ, NW, OW, GL, FR (nouv. CPP), SO, SH, AI, AR, SG, AR, TG, GE et JU.

5.182.3 Experts

Des experts doivent être désignés lorsque la loi le prescrit ou que des connaissances techniques particulières sont nécessaires pour élucider les faits de la cause.

■ *Désignation de l'expert*

Le tribunal ou celui qui dirige la procédure désigne l'expert. La Commission d'experts a renoncé à codifier l'obligation expresse prévue dans certains cantons pour les experts domiciliés sur place d'accepter un mandat d'expert. L'expert doit être informé de son *obligation de garder le secret* et des conséquences pénales d'une fausse expertise.

Il reçoit en règle générale un *mandat écrit*. Le cas échéant, des objets, des pièces du dossier et des documents doivent lui être remis. Les parties doivent être en principe autorisées à s'exprimer sur la personne de l'expert et son mandat.

■ *Exécution du mandat*

L'expert mandaté doit exécuter *personnellement* l'expertise. Avec l'autorisation du juge, les experts des entités publiques (par exemple le directeur d'un hôpital psychiatrique cantonal) devraient cependant pouvoir faire exécuter l'expertise, sous leur responsabilité, par un des spécialistes qui leur sont subordonnés.

Les experts ne peuvent recueillir de nouvelles preuves que dans la mesure où cela est nécessaire à l'exécution de leur expertise (par exemple l'audition des proches d'une personne qui nécessite un traitement psychiatrique).

En règle générale, le rapport d'expertise doit être écrit. Un rapport oral doit cependant être également possible. Les parties doivent pouvoir requérir un complément d'expertise ou une nouvelle expertise.

L'expert a droit à une indemnité équitable.

5.182.4 Inspection locale

Les endroits, les papiers et les objets qui ne se trouvent pas à disposition immédiate peuvent faire l'objet d'une inspection locale. Les auditions et l'administration d'autres preuves doivent pouvoir être effectuées sur place. Les résultats de l'inspection locale doivent être notés au procès-verbal et, le cas échéant, constatés par des photographies, des plans, etc. Chacun est obligé de tolérer une inspection locale ordonnée par le juge.

5.182.5 Autres moyens de preuve

Il convient de mentionner dans une disposition particulière d'autres moyens de preuve, tels les documents et les rapports officiels de tous genres¹⁰¹, ainsi que les autres objets pouvant servir de preuve (par exemple les instruments du crime, les pièces, les films).

5.183 Appréciation et administration des preuves

Les faits de notoriété publique et ceux qui sont connus du tribunal ne nécessitent aucune preuve.

■ *Interdiction de recevoir un moyen de preuve*

Les preuves obtenues illégalement ne doivent pas être utilisées; les pièces y relatives doivent être éliminées du dossier du tribunal.

Cela concerne les preuves qui ont été obtenues en violation du droit pénal matériel (notamment sous la forme de mesures de contrainte non autorisées)¹⁰², par des méthodes d'audition interdites¹⁰³ ou de toute autre manière portant atteinte à la dignité humaine et aux principes du droit¹⁰⁴. Il en va de même des auditions qui ont été effectuées sans indication d'un éventuel droit de refuser de témoigner.

La violation des seules prescriptions d'ordre ne conduit pas à une interdiction de recevoir la preuve. Dans d'autres cas, il convient de mettre en balance les intérêts de l'Etat à élucider le délit et les droits de la personnalité du prévenu.¹⁰⁵

En ce qui concerne l'utilisation des moyens de *preuve obtenus illégalement par des particuliers*, il convient, en règle générale, d'adapter les critères développés par le Tribunal fédéral. De telles preuves doivent pouvoir être utilisées lorsque leur obtention n'a lésé in concreto aucun bien juridique plus précieux que celui de la découverte de la vérité et l'application du droit pénal.

¹⁰¹ En font également partie les rapports écrits susceptibles de tenir lieu de dépositions d'autorités ou de médecins (par exemple). De même les rapports de police peuvent revêtir la fonction de preuves.

¹⁰² Cf. HAUSER/SCHWERI, p. 238.

¹⁰³ Cf. HAUSER/SCHWERI, p. 237 et chapitre 5.14 ci-dessus sur les principes généraux régissant la procédure pénale.

¹⁰⁴ Art. 73 nouv. CPP-FR.

¹⁰⁵ HAUSER/SCHWERI, p. 235 s.

5.19 Les mesures de contrainte ¹⁰⁶

Les mesures de contrainte doivent être énoncées expressément dans le code de procédure pénale fédéral et réglementées au moins dans leur principe. A cet égard, les exigences de la constitution fédérale et de la CEDH sont particulièrement significatives.

5.191 Règles générales

Dans le chapitre consacré aux mesures de contrainte, il convient de souligner d'abord explicitement le principe de proportionnalité développé par la jurisprudence. De même faut-il mettre en évidence le fait que les mesures de contrainte doivent être exécutées avec ménagement et en évitant toute rigueur inadéquate.

Dans un but de clarté, la compétence pour ordonner les mesures de contrainte doit être expressément réglée. En la matière sont compétents:

- durant l'instruction, le juge d'instruction,
- dès le renvoi, le tribunal ou son président,
- la police, dans les cas prévus par la loi.

Il est particulièrement important que les compétences de la police pour ordonner les mesures de contrainte soient établies clairement.

5.192 Le catalogue des mesures de contrainte

Les mesures de contrainte suivantes doivent être réglées dans un code de procédure pénale fédéral:

- la citation et le mandat d'amener (ch. 5.193)
- l'appréhension et la garde à vue (ch 5.194)
- la détention préventive et ses mesures de substitution (ch. 5.195)
- le séquestre (ch. 5.196)

¹⁰⁶ Traduit de l'allemand.

- les fouilles et perquisitions, l'examen psychiatrique et les mesures portant atteinte au corps humain (ch. 5.197)
- les mesures de surveillance (ch. 5.198)
- les autres mesures de contrainte (ch. 5.199)

5.193 La citation et le mandat d'amener

5.193.1 La citation

La citation est l'*ordre* donné à une personne de comparaître dans une affaire pénale pour une audition ou pour des débats. Chacun est tenu de donner suite à une citation en comparaisant personnellement.

La citation doit être faite par écrit; dans les cas urgents, elle est également admissible sous une autre forme.

Les *conséquences possibles du défaut* de comparution sont le mandat d'amener, la mise des frais de la procédure à la charge du défaillant, ainsi que le prononcé d'une amende d'ordre.

La *police* est également compétente pour établir des citations.

Si l'adresse de la personne à citer n'est pas connue, elle peut faire l'objet d'un *signalement* par la voie des télécommunications et par le bulletin de recherches de la police.

5.193.2 Le mandat d'amener

Le mandat d'amener signifie qu'une personne doit être prise en charge par la police à son lieu de séjour et conduite à l'autorité qui procédera à son audition.

Le mandat d'amener est *admissible* lorsque les conditions de l'arrestation (cf. infra ch. 5.195) ou de l'appréhension (cf. infra ch. 5.194.1) sont réalisées. Il peut également être décerné lorsque, sans excuse suffisante, une personne ne donne pas suite à une citation ou qu'elle n'y donnera vraisemblablement pas suite, ou encore lorsque la comparution immédiate d'une personne est indispensable.

La personne amenée doit être entendue *sans délai* et être libérée à la fin de son audition, à moins que les conditions de la garde à vue ou de la détention préventive ne soient réalisées.

Le mandat d'amener doit aussi être décerné *par écrit*; d'autres formes sont possibles dans les cas urgents.

Dans les enquêtes de police, la police doit également être investie de la compétence de décerner des mandats d'amener de façon indépendante. L'organisation interne de la police détermine qui exerce cette compétence.

5.194 L'appréhension et la garde à vue

5.194.1 L'appréhension

■ *L'appréhension par des particuliers*

Chacun a le droit d'appréhender une personne surprise à commettre un crime ou un délit ou à prendre la fuite immédiatement après en avoir commis un, pour autant que l'intervention de la police ne puisse être obtenue à temps; il en va de même lorsqu'une personne est l'objet d'un avis de recherches public lancé en vue d'arrestation. La personne appréhendée doit être remise immédiatement à la police.

■ *L'appréhension par la police*

Lorsqu'il y a présomption de la commission d'une infraction, la police est habilitée à appréhender une personne, à établir son identité et à déterminer s'il y a lieu de procéder à des recherches sur sa personne ou dans des véhicules et d'autres biens mobiliers dont elle a la maîtrise. De plus, la police peut appréhender toute personne qui a commis une infraction sous ses yeux ou qui a été interceptée immédiatement après. De même peuvent être appréhendées, s'il y a péril en la demeure, les personnes qui, sur la base de constatations policières ou selon une information digne de foi émanant de tiers, sont soupçonnées d'avoir commis une infraction.

La personne appréhendée doit être conduite au poste de police, si les faits ne peuvent être élucidés sur place. Elle doit être immédiatement libérée dès l'accomplissement des investigations nécessaires, pour autant que les conditions de la garde à vue ne soient pas réalisées.

5.194.2 La garde à vue

La garde à vue peut être ordonnée si, sur la base des investigations et d'un interrogatoire, les conditions de la détention préventive sont remplies. Elle *ne peut durer plus de 24 heures*. Sont compétents pour l'ordonner les fonctionnaires de police selon l'organisation de la police du canton. Un *rapport* concernant la

garde à vue doit être établi. Diverses dispositions relatives à la détention préventive sont applicables par analogie (p.ex. l'information des proches). La garde à vue qui est proposée ici correspond au droit de la police, réglé dans plusieurs cantons, de retenir des suspects pour une durée de 24 heures au maximum.

Lors du premier interrogatoire, la personne retenue en garde à vue doit être *informée de ses droits*. Elle a le droit de prendre contact avec un défenseur. En revanche, il n'existe pas de droit pour l'avocat de prendre part à l'interrogatoire de police; cela n'est admis que durant l'instruction.

Les comités¹⁰⁷ qui veillent au respect d'une part de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁰⁸ et, d'autre part, du pendant européen de cet instrument¹⁰⁹, de même que le Comité des droits de l'homme de l'ONU déplorent régulièrement, dans leurs conclusions et recommandations sur la situation en Suisse, l'absence d'un "*avocat de la première heure*" dans les lois de procédure pénale suisses; ils demandent instamment l'adoption de cette institution.

La Commission recommande expressément que soient instituées des mesures de contrôle, respectivement de protection, durant la garde à vue. De telles mesures sont susceptibles non seulement de pallier aux risques de mauvais traitements, mais aussi de prévenir des dénonciations, soit fausses, soit exagérées mettant en cause la police. La présence d'un avocat dès le tout début de la garde à vue représenterait toutefois une nouveauté absolue pour la Suisse et entraînerait des charges importantes.

Il convient dès lors d'examiner aussi un modèle prévoyant un ombudsman, auquel la personne retenue en garde à vue pourrait faire appel ou qui aurait la faculté d'assister spontanément aux interrogatoires. La participation de représentants d'associations d'entraide à l'audition de requérants d'asile, institution qui a fait ses preuves, va, cela est notoire, dans la même direction. A cet égard, la réglementation introduite récemment dans le canton de Genève constitue une solution judicieuse très axée sur la prévention; selon cette réglementation, la personne retenue en garde à vue, ainsi que la police elle-même, ont la possibilité de demander qu'il soit procédé à un examen médical durant la garde à vue et au terme de celle-ci.

La réglementation de la procédure pénale bernoise (art. 208, al.2, CPP-BE) selon laquelle les suspects doivent être rendus attentifs, également lors de l'interrogatoire de police, à leur droit de ne pas répondre, doit être reprise dans le code de procédure pénale fédéral.

¹⁰⁷ CAT, resp. CPT.

¹⁰⁸ RS 0.105.

¹⁰⁹ RS 0.106.

5.195 La détention préventive

5.195.1 Les motifs de détention préventive

La détention préventive peut être ordonnée s'il existe de graves soupçons de culpabilité d'un crime ou d'un délit auxquels doit s'ajouter l'un des motifs d'arrestation classiques suivants:

- *le danger de fuite* (risque de fuite pour se soustraire à la procédure pénale ou à une sanction à venir),
- *le danger de collusion* (risque d'influencer des personnes, de falsifier des traces ou des moyens de preuve),
- *le danger de réitération ou de récidive* (risque de commettre d'autres infractions sérieuses).

Doivent également être pris en considération d'autres motifs d'arrestation, notamment le trouble à l'ordre public lors de la commission de crimes graves.

5.195.2 Les mesures de substitution de la détention préventive

Si les conditions de la détention préventive sont remplies, des mesures de substitution moins sévères peuvent être ordonnées, pour autant qu'elles suffisent à atteindre le but assigné à la privation de liberté. On peut citer comme mesures de substitution le dépôt de sûretés, la consignation de documents, l'obligation de s'annoncer à intervalles déterminés à un bureau administratif ou l'ordre de se faire traiter médicalement. Les sûretés (caution) doivent être fixées en considération de la situation personnelle du prévenu et de la gravité des faits qui lui sont reprochés. Elles sont échues en cas de violation grave de ses devoirs par le prévenu.

5.195.3 Les modalités de l'arrestation

Il ne peut être procédé à une arrestation qu'en vertu d'un *mandat d'arrêt* décerné par un juge; ce mandat doit énoncer le motif de l'arrestation et contenir une brève motivation.

Si la personne concernée n'a pas de résidence connue en Suisse, elle sera *signalée sous mandat d'arrêt* (RIPOL).

La personne arrêtée doit être conduite *sans délai* au juge. Celui-ci doit décider du maintien de l'arrestation *dans les 24 heures* depuis le moment où le prévenu lui a été amené.

5.195.4 Nécessité d'un juge de la détention indépendant?

La Commission entend *renoncer* à l'introduction d'un juge de la détention séparé, car il est envisagé de conférer un *statut indépendant* au juge d'instruction dans un futur code de procédure pénale fédéral.

Les juges de la détention ne sont souvent pas en mesure de prendre des décisions rapides dans des procédures avec lesquelles ils n'ont pas encore eu affaire. L'institution du juge de la détention séparé entraîne ainsi un important retard dans la procédure. Le fait que, selon la conception de la Commission, l'accusation soit portée sous la forme d'une décision de renvoi du juge d'instruction (cf. chap. 5.22, sous 5.223.4) ne nécessite pas l'intervention d'un juge de la détention¹¹⁰. Les choses devraient être envisagées autrement si la jurisprudence ne devait à l'avenir admettre comme juge de la détention qu'un magistrat qui se tienne totalement en dehors de la procédure pénale et qui ne puisse avoir aucun intérêt quelconque à l'issue de celle-ci. Dans cette hypothèse, un juge séparé de la détention devrait nécessairement être prévu dans un futur code de procédure pénale fédéral.

5.195.5 Le maintien de la détention

Avant que ne soit prise la décision sur le maintien de l'arrestation, le prévenu doit être informé sur les faits retenus à sa charge, notamment dans la mesure où ils se rapportent à la présomption sérieuse de culpabilité et aux motifs de l'arrestation. Le prévenu doit être *entendu* à ce sujet. Les preuves à décharge immédiatement disponibles doivent être administrées, afin d'écarter rapidement tout risque éventuel d'erreur.

La décision sur le maintien de la détention préventive est rendue par écrit. Elle doit contenir une brève motivation au sujet de la nécessité de la mesure de contrainte prise. Le prévenu doit être renseigné sur ses droits (faculté de faire appel à un défenseur, de refuser de répondre, de former recours). A sa

¹¹⁰ Cette situation n'est pas comparable avec celle que la Cour européenne des droits de l'homme a jugée dans la cause Jutta Huber contre Suisse. En cette affaire, la qualité de juge de la détention au sens de l'article 5, chiffre 3, CEDH a été niée au procureur de district (Bezirksanwalt) zurichois, parce que celui-ci était susceptible de soutenir ultérieurement l'accusation, soit d'intervenir comme partie adverse du prévenu.

demande, ses proches doivent être renseignés, pour autant que l'intérêt de l'instruction ne s'y oppose pas de façon contraignante.

5.195.6 Le recours en matière d'arrestation et le contrôle de l'arrestation

Le détenu doit pouvoir *recourir* auprès de l'autorité de recours cantonale compétente. Celle-ci entend le recourant personnellement dans une audience à huis clos, si cela lui paraît déterminant pour juger. Dans ce contexte, il est renvoyé à l'article 5, chiffre 4, CEDH, aux termes duquel toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Cette règle oblige le tribunal à statuer sur un recours contre une décision d'arrestation *dans les plus brefs délais*.

Après 30 jours de détention, un contrôle obligatoire de l'arrestation doit intervenir et un avocat doit être désigné au prévenu, si celui-ci n'en a pas encore (défense obligatoire).

A l'occasion d'une décision sur le contrôle de l'arrestation, l'autorité judiciaire doit avoir la possibilité, pour le cas où cela se justifierait pratiquement, de fixer un court délai pour procéder à un nouveau contrôle; cela est susceptible de réduire la durée de la détention préventive.

Il faut au demeurant veiller à ce que la détention puisse faire l'objet d'un contrôle, même lorsque le détenu doit être transféré d'un canton dans un autre¹¹¹.

5.195.7 Les contacts du détenu avec l'extérieur

Les visites aux personnes détenues préventivement ne sont possibles qu'avec l'autorisation du juge d'instruction. Les entretiens doivent en principe avoir lieu sous surveillance, à moins que le contraire ne soit autorisé.

Exception faite de la correspondance échangée avec le défenseur et de celle adressée aux autorités de surveillance, le *courrier postal* est contrôlé par le juge d'instruction.

Les entretiens entre le prévenu et son défenseur se déroulent en principe sans surveillance. Mais il doit aussi être possible de contrôler les contacts verbaux avec l'avocat par des mesures particulières (p.ex. vitre de séparation ou dispositif optique). D'autres mesures restrictives ne sont admissibles que s'il existe une présomption concrète d'abus.

¹¹¹ Cf. Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 septembre 1997 dans l'affaire R.M.D. contre Suisse.

5.195.8 Autres modalités de la détention préventive

Le prévenu doit avoir la possibilité d'*exécuter la peine ou la mesure de façon anticipée*, lorsqu'il le demande et que l'autorité responsable de la procédure y consent.

Il doit être *mis fin à la détention préventive* lorsque le motif d'arrestation n'existe plus. Il en va de même lorsqu'une prolongation de la durée de la détention serait disproportionnée eu égard à la sanction prévisible, lorsque l'instruction n'est pas suffisamment avancée ou lorsqu'une mesure de substitution peut être ordonnée en lieu et place de la privation de liberté.

En cas de rejet d'une requête de mise en liberté, une voie de recours est ouverte.

Le code de procédure pénale fédéral doit également prévoir une disposition sur le *sauf-conduit* en faveur d'un prévenu, d'un condamné, d'un témoin ou d'une personne appelée à fournir des renseignements.

5.196 Le séquestre

5.196.1 Conditions générales

Peuvent être séquestrés les objets et les valeurs patrimoniales destinés à servir de moyens de preuve ou qui sont susceptibles d'être confisqués par l'Etat ou de lui être dévolus.

L'*édition* remplace le séquestre, sauf lorsque le but de l'instruction exige la saisie sans sommation préalable.

La police doit être habilitée à procéder à la *mise en sûreté provisoire* des objets soumis au séquestre. Le juge d'instruction doit être informé sans délai d'une telle mesure.

Le séquestre doit être ordonné *par écrit* et brièvement motivé.

Un *inventaire* des objets séquestrés doit être dressé.

Le séquestre doit être *levé*, si les conditions qui l'ont justifié ne sont plus réalisées. La décision sur la confiscation et la dévolution est de la compétence du tribunal de jugement.

5.196.2 Règles particulières pour les documents écrits, les données sauvegardées électroniquement et la surveillance des comptes bancaires

■ *Les documents écrits*

Pour les documents écrits, la possibilité doit être donnée aux intéressés de s'exprimer sur leur contenu. Le secret de fonction, le secret professionnel et les secrets privés sans aucun lien avec la procédure doivent être respectés. Pour trier des documents qui contiennent des secrets protégés, il peut être fait appel à des spécialistes de confiance (p.ex. médecin cantonal, président de la commission de surveillance du barreau), qui seront traités comme des experts. La correspondance entre le prévenu et son défenseur ne doit pas être séquestrée. Il est également interdit de séquestrer des écrits émanant de personnes qui ont le droit de refuser de témoigner. En cas de litige, les documents doivent être mis sous scellés et transmis pour décision à l'instance de recours.

■ *Les données sauvegardées électroniquement*

L'intervention de l'autorité dans un système de traitement de données et la saisie d'informations peut être une opération difficile; il convient dès lors d'examiner si en matière de séquestre de données les règles traditionnelles suffisent ou si on devrait donner au juge d'instruction la compétence d'exiger, sous la menace de sanctions pénales, la remise des informations sauvegardées sur ordinateur.

■ *La surveillance des comptes bancaires*

La mesure procédurale de la surveillance des comptes bancaires a ces derniers temps gagné en importance, particulièrement dans le cadre de la lutte contre la criminalité économique. Cette mesure se fonde sur les devoirs de témoigner et de produire des documents, tels qu'ils sont réglés dans les lois de procédure pénale; elle est également prévue dans une recommandation édictée en 1996 par la CCDJP et l'Association suisse des banquiers. Toutefois, à ce jour, ni les lois de procédure pénale des cantons, ni celles de la Confédération ne prévoient expressément de dispositions sur la surveillance des comptes. Une base légale expresse doit dès lors être prévue dans le code de procédure pénale fédéral relativement à la surveillance des comptes bancaires.

5.197 Les fouilles et perquisitions, l'examen psychiatrique et les mesures portant atteinte au corps humain

5.197.1 La perquisition

■ *Conditions et forme*

Il peut être opéré une perquisition (ou visite domiciliaire), s'il y a lieu de présumer

- qu'une personne recherchée séjourne dans la maison concernée,
- qu'il s'y trouve des objets susceptibles d'être saisis,
- qu'il s'y trouve des traces de l'infraction ou de l'auteur ou
- que des infractions y sont commises (p.ex. jeux de hasard interdits ou enlèvement).

La perquisition doit être ordonnée *par écrit*; en cas d'urgence, elle peut l'être oralement. Les personnes chargées de la perquisition (notamment la police) doivent présenter un double du mandat de perquisition.

■ *Modalités*

La police doit être habilitée à procéder de façon autonome à une perquisition, si la mesure ne souffre aucun retard et qu'il existe de graves soupçons (p.ex. si un automobiliste soupçonné d'avoir conduit en état d'ébriété se réfugie dans une maison) ou si la personne concernée y consent.

Le maître des lieux soumis à perquisition doit avoir le droit d'assister aux opérations.

Un procès-verbal de la perquisition doit être tenu.

5.197.2 La fouille de personnes, de véhicules et d'objets

Il peut être procédé à une fouille lorsque les circonstances font présumer qu'elle permettra de découvrir des traces de l'infraction ou des objets susceptibles d'être saisis; elle peut également intervenir à l'égard d'une personne appréhendée ou arrêtée.

Lors de la fouille d'une personne, les habits qu'elle porte sont contrôlés et la surface de son corps inspectée. La fouille doit être effectuée par une personne du même sexe ou par un médecin. Sont réservés les cas où une fouille immédiate s'impose pour des motifs de sécurité.

La fouille peut également être ordonnée par la police, si cela est nécessaire pour constater l'identité d'une personne ou pour protéger des fonctionnaires de police ou des tiers; il en va de même lorsqu'une personne est présumée dissimuler des objets qui ont une relation directe avec la commission d'une infraction.

5.197.3 L'examen corporel; l'expertise psychiatrique; les mesures portant atteinte au corps humain

Lors d'un examen physique, il est porté atteinte à l'*intégrité corporelle*. Une atteinte au corps humain est manifeste lorsqu'il est, par exemple, procédé à un lavage d'estomac pour rechercher des objets avalés ou lors de prélèvements de sang ou d'urine.

De telles atteintes sont *admissibles* lorsqu'elles sont nécessaires à la constatation des faits ou pour apprécier la responsabilité pénale d'une personne, son aptitude à subir une incarcération ou la nécessité d'ordonner une mesure à son égard.

Ces investigations ne peuvent être effectuées à l'égard d'une *personne non prévenue* et contre son gré, que si des faits importants ne peuvent être établis autrement.

Elles doivent être conduites par un médecin ou par du personnel médical.

Lorsqu'un prévenu est placé en clinique psychiatrique pour observation, on applique, pour le contrôle judiciaire de la privation de liberté, la même procédure qu'en matière de détention préventive.

En cas d'urgence, ainsi que dans les situations spécialement réglées par la loi, la police doit pouvoir être habilitée à ordonner de telles mesures.

5.198 Les mesures de surveillance

■ Droit en vigueur fortement harmonisé

L'article 179octies CPS déclare non punissables les atteintes à la sphère privée produites par la surveillance des *postes et télécommunications*, ainsi que par la mise en œuvre d'*appareils techniques de surveillance*, lorsqu'elles sont approuvées par l'autorité judiciaire compétente. Au début des années quatre-vingt, tous les cantons ont adapté au nouveau droit fédéral leur réglementation

relative à ces mesures de contrainte¹¹². Les dispositions relatives à la surveillance des postes et des télécommunications sont ainsi relativement fortement harmonisées.

■ ***Nouvelle réglementation en vue sur le plan fédéral***

A la suite de plusieurs interventions parlementaires, le projet d'une loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications sera prochainement soumis aux Chambres fédérales; ce texte de loi tend, eu égard à la libéralisation des postes et des télécommunications¹¹³, à une solution unifiée pour la Confédération et les cantons. Cette réglementation peut être reprise dans le nouveau code de procédure pénale comme élément déjà unifié.

En tant que moyens d'investigation secrets, qui portent profondément atteinte à la sphère privée de personnes suspectes - mais aussi à celles qui sont irréprochables, les mesures de surveillance nécessitent une réglementation légale relativement détaillée. Le juge qui ordonne les mesures a l'obligation de les faire approuver, quant à leur légalité et leur proportionnalité, par une *instance judiciaire supérieure*; cette procédure remplace la possibilité de recours prévue pour les autres mesures de contrainte.

■ ***Surveillance des postes et télécommunications***

La surveillance est admissible, non pas pour toutes les infractions, mais seulement pour un certain nombre de délits graves et elle ne doit être ordonnée que si d'autres investigations se sont révélées infructueuses ou illusoires. Une réglementation spéciale doit être prévue pour la protection des personnes dont les enregistrements de télécommunications se seront révélés non pertinents pour la procédure. De telles informations ne doivent pas être communiquées aux parties. De même, une réglementation particulière doit être prévue pour la protection de secrets professionnels¹¹⁴.

¹¹² Voir article 400bis CPS, qui oblige les cantons, comme suite à la loi fédérale sur la protection de la vie privée, à adapter dans les trois ans leur base légale en la matière.

¹¹³ Loi sur la poste du 27 avril 1997 (LPO, RO 1997, 2452, RS 783.0) et loi sur les télécommunications du 27 avril 1997 (LTC, RO 1997, 2187, RS 784.10). La surveillance n'est plus réglée dans la loi sur les postes; dans la LTC elle n'est réglée que par la disposition rudimentaire de l'art. 44; c'est pourquoi la violation du secret des postes et des télécommunications est incriminée à l'art. 321ter CPS, aux termes duquel, pour la surveillance officielle, il est renvoyé au fait justificatif de l'art. 179octies CPS.

¹¹⁴ La Confédération et la plupart des cantons autorisent la surveillance à l'égard de détenteurs de secrets professionnels, lorsque ceux-ci sont eux-mêmes suspects ou que des tiers suspects utilisent leurs raccordements; dans ce dernier cas également quelques cantons prohibent la surveillance (NW, AI, VS, GE).

■ *Mise en œuvre d'appareils techniques de surveillance*

S'agissant de la mise en œuvre d'appareils techniques de surveillance¹¹⁵, on applique dans la plupart des cantons les mêmes dispositions que pour la surveillance des postes et télécommunications. Quatre cantons n'ont aucune réglementation¹¹⁶ et Argovie ne connaît qu'une disposition concernant la compétence¹¹⁷. Il convient d'examiner si la mise en œuvre d'appareils techniques de surveillance ne doit pas être réglée de manière particulière dans le nouveau code de procédure pénale, du fait que ces moyens sont susceptibles de porter à la sphère privée une atteinte notablement plus sérieuse que la surveillance postale et téléphonique.¹¹⁸

5.199 Autres mesures de contrainte

S'agissant des *mesures d'identification*, de l'*analyse ADN*, de l'*observation policière* et de l'*enquête sous couverture*, il est renvoyé au chapitre 5.21 (enquête de police, sous ch. 5.212.3).

Les questions particulières portant sur les thèmes *levée de corps*, autopsie, exhumation et report des obsèques doivent être réglées expressément dans une dispositions spécifiques.

¹¹⁵ Par là on entend presque sans exception les appareils qui, selon les articles 179bis ss CPS, concernent les domaines privés protégés (protection contre la prise d'images et de son); il existe toutefois de nombreux appareils techniques qui scrutent d'autres aspects de la liberté personnelle, p.ex. les appareils qui permettent d'établir le lieu de situation et les déplacements d'une personne.

¹¹⁶ ZG, GL, GR, VD.

¹¹⁷ Sont par conséquent applicables les exigences minimales contenues dans l'article 179octies CPS.

¹¹⁸ Voir à ce propos également les discussions en Allemagne au sujet de ce qu'on appelle "Grosser Lauschangriff".

5.21 La phase policière ¹¹⁹

La phase des investigations policières également, notamment les mesures de contrainte prises par la police, doit être réglementée de manière détaillée. L'enquête de police doit être placée sous la surveillance du juge d'instruction, étant entendu que la limite entre les activités indépendantes de la police et son statut d'auxiliaire du juge d'instruction n'est pas toujours facile à tracer.

5.211 Point de départ

5.211.1 La police, acteur important de la poursuite pénale

La police contribue de façon déterminante à la recherche des infractions. Dans bien des domaines, il est inconcevable d'exercer la poursuite pénale de façon efficace sans le soutien de la police. C'est pourquoi il n'est pas question, à l'occasion de l'élaboration d'un code de procédure pénale, de ne pas tenir compte des tâches de la police.

Il est vrai qu'il incombe aux cantons de faire porter l'accent dans la gestion de leurs ressources soit sur la police, soit sur les autres autorités de poursuite pénale. Plus les magistrats sont nombreux dans un canton, mieux la justice est en mesure d'exercer son influence sur la procédure. Mais même lorsque l'effectif des autorités judiciaires est quantitativement pourvu en suffisance, il ne peut être renoncé à la police. Celle-ci dispose pour établir la vérité de moyens qui font défaut à la justice. Que l'on songe par exemple aux techniques de criminalistique, à la surveillance policière et aux échanges internationaux de données.

Pour des motifs juridiques, il est souvent nécessaire que la phase policière se cantonne dans des limites étroites. Néanmoins, le rôle particulièrement important qu'elle joue dans plusieurs domaines de la poursuite pénale ne peut guère être contesté. C'est pourquoi la Commission préfère décrire de la façon la plus claire possible le rôle de la police dans la procédure pénale, plutôt que de se donner l'illusion que la police criminelle n'est qu'un organe d'exécution des mandats décernés par les juges d'instruction.

¹¹⁹ En partie traduit de l'allemand.

5.211.2 Le droit cantonal de la police

Même si la police joue un rôle important dans la lutte contre la criminalité, ce n'est de loin pas là sa seule fonction. La police remplit en particulier des tâches de sécurité publique, qui évidemment ne peuvent être l'objet d'un code de procédure pénale.

Les *lois cantonales sur la police* les plus récentes règlent en particulier les compétences de la police relatives aux interventions portant atteinte aux droits fondamentaux du citoyen. Le but de ces interventions ne relève pas seulement de la police criminelle, mais aussi de la sécurité publique. Ainsi, par exemple, des mesures d'identification peuvent être prises aussi dans des cas où aucune infraction n'est en cause, notamment à l'égard de la victime décédée d'un accident ou à l'endroit d'une personne égarée et privée de discernement. Les arrestations par la police n'interviennent pas seulement dans le cadre de la procédure pénale, mais aussi pour protéger la collectivité de personnes qui constituent un danger en raison de troubles psychiques passagers.

Le législateur fédéral, en établissant un code de procédure pénale, doit être conscient de cette distinction et se décider pour un concept. Théoriquement, il pourrait abandonner entièrement les mesures de police au droit cantonal; mais, de cette manière, il renoncerait à l'unification d'une partie importante de la procédure pénale, ce qui contredirait le but d'un code de procédure pénale unifié. Le législateur pourrait aussi tenter de codifier exhaustivement les dispositions relatives aux compétences d'intervention et de les mettre à la disposition des cantons pour leurs tâches de sécurité publique ou même de les prescrire comme telles.

La Commission propose un autre concept. Elle entend décrire dans le code de procédure pénale fédéral un *standard minimum d'instruments de police criminelle*.

5.211.3 Investigations policières indépendantes et sur délégation

Tant que la police accomplit des actes d'enquête *sur délégation expresse d'un magistrat*, son activité ne pose pas de problème du point de vue juridique. Dans ce cas, le magistrat répond de la légalité et de la proportionnalité de sa délégation, ainsi que des actes d'enquête qu'elle implique. Les garanties juridiques sont celles de la procédure judiciaire.

La situation juridique est plus critique, lorsque la *police enquête spontanément*. Le public est toujours davantage confronté à des griefs formulés à l'endroit de la police, selon lesquels ses fonctionnaires mettent en œuvre des moyens

juridiquement discutables. On raconte notamment que des promesses en l'air sont faites, voire des menaces proférées, pour obtenir des aveux. On fait état d'auditions menées sans que le comparant soit rendu attentif à son droit de refuser de témoigner; on parle de fouilles personnelles inutiles.

Sans vouloir se prononcer sur ces griefs, il faut bien constater qu'il se présente davantage d'occasions à de telles situations dans le cadre d'actes d'enquête effectués de façon indépendante par la police, que dans la simple exécution d'une délégation décernée par un juge.

Néanmoins, le postulat, parfois entendu, de n'attribuer aucune compétence propre d'enquête à la police, est irréaliste. La naissance d'un soupçon et sa concrétisation est un processus continu et il n'existe pas de limite nettement définie entre l'activité relevant de la sécurité publique et celle relevant de la police criminelle. La police doit avoir le droit de mener des investigations jusqu'à ce qu'apparaisse clairement la présomption suffisante qu'une infraction a été commise.

La question délicate n'est pas de savoir *si* la police peut enquêter de façon indépendante. Il s'agit bien plutôt de tenter de tracer les *limites* de cette activité et d'empêcher que l'enquête ne déborde totalement de ce cadre. On ne peut toutefois pas s'attendre ici à ce qu'un code de procédure pénale fédéral fixe ces limites de façon précise et mette fin d'un trait de plume à des décennies de discussions. En particulier, le code de procédure ne pourra pas dire combien d'heures, de jours ou de semaines une enquête de police peut durer, tant les circonstances initiales peuvent varier en fonction de la nature et de la gravité du délit, l'évolution de l'état des présomptions et les difficultés d'intervention. En principe, seules quelques situations peuvent être citées, dans lesquelles le juge d'instruction est en mesure d'assumer clairement la responsabilité de l'enquête (cf. infra 5.212.4). Enfin, il appartient à la jurisprudence de tracer des limites concrètes.

5.212 Les investigations indépendantes de la police

5.212.1 Utilité et but de l'enquête de police

L'enquête de police *précède* l'ouverture de la procédure judiciaire par le juge d'instruction. Elle ne fait pas, quant à elle, l'objet d'une décision formelle d'ouverture. Elle sert de base au juge d'instruction pour rendre la première décision qui suit le dépôt de la dénonciation (ouverture de la procédure judiciaire; refus de suivre; application du principe de l'opportunité).

L'enquête de police a pour fonction de constater l'*existence d'actes punissables*, d'*identifier l'auteur et de le rechercher*. Relève de cette activité la conservation des traces et des moyens de preuve.

5.212.2 Le début de l'enquête de police

Dès qu'un agent de la police judiciaire a connaissance dans l'exercice de ses fonctions d'un acte punissable ou de faits le conduisant à soupçonner qu'un tel acte a été commis, l'enquête de police débute. Constituent matière à déclencher l'enquête: les dénonciations, les plaintes pénales et les constatations propres de la police.

■ **Dénonciations**

Quiconque a connaissance d'un acte punissable qui se poursuit d'office ou qui se croit lésé par un tel acte est *en droit* de le dénoncer à la police. Celle-ci est tenue d'enregistrer la dénonciation et, si celle-ci est verbale, d'en dresser acte.

Certaines catégories de personnes sont astreintes à une *obligation de dénoncer*. Tel est le cas, en premier lieu, pour les membres de la justice pénale eux-mêmes; d'autres autorités sont aussi tenues de communiquer les faits qui permettent de conclure à l'existence d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office, dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (cf. aujourd'hui p.ex. art. 11 du Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale¹²⁰). S'ajoutent à cela les devoirs de dénonciation prescrits par la législation spéciale, comme par exemple celle relative aux professions médicales.

■ **Plaintes pénales**

La police n'entreprend des recherches relativement à des infractions qui se poursuivent sur plainte que si le lésé fait une déclaration dans ce sens ou en fait établir une (cf. art. 28 CPS). La plainte pénale peut être écrite ou verbale, auquel cas il en sera dressé acte.

■ **Constatations propres**

Fréquemment, la police recueille elle-même les motifs de prévention, par exemple lors d'actes d'enquête, à l'occasion d'activités de routine, lors d'investigations dans un milieu criminogène ou même par pur hasard. De telles

¹²⁰ RS 351.71.

constatations conduisent régulièrement à l'engagement d'une enquête préliminaire.

5.212.3 Les actes d'enquête

■ *Généralités*

Dans le cadre de l'enquête, les organes de police disposent de nombreux moyens, similaires aux actes d'instruction. Les fonctionnaires de police ont le droit, sous réserve de dispositions légales contraires, de procéder à toutes les recherches et de faire toutes les constatations utiles à l'enquête et de prendre toutes mesures qui leur paraissent indiquées pour établir les faits.

Tout comme pour l'instruction, il n'existe pas de catalogue exhaustif des actes d'enquête de police. Dès lors, quelques mesures typiquement policières, comme l'interrogatoire de police avec ses particularités, méritent d'être décrites. S'agissant des autres compétences de la police, on se reportera au chapitre 5.19, où sont exposées les conditions auxquelles la police peut ordonner des mesures de contrainte qui normalement sont réservées au juge. Certains chevauchement sont cependant inévitables.

■ *Les mesures d'identification*

La police peut soumettre – au besoin par la force - les personnes suspectées d'avoir commis un crime ou un délit à des mesures d'identification telles que prise de photographies ou d'empreintes, en vue d'établir leur identité ou leur culpabilité¹²¹.

Ainsi, la police est en droit de procéder à toutes les mesures d'identification judiciaire lorsqu'il s'agit d'une personne soupçonnée d'un crime ou d'un délit, d'une personne arrêtée, de même que de toute autre personne, si l'établissement des faits l'exige et que le principe de la proportionnalité est respecté.

La personne qui a fait l'objet de mesures d'identification a le droit de consulter, dans les dossiers de la police, les inscriptions qui la concernent personnellement¹²² et, si elle est mise hors de cause, elle peut demander la destruction du matériel ainsi constitué¹²³.

¹²¹Il s'agit ici des mesures les plus fréquentes. Mais la personne en cause peut être l'objet d'autres mesures d'identification; par exemple, elle peut être sommée de fournir des spécimens d'écriture, d'enregistrer sa voix, etc. (AUBERT, les interventions de la police en droit genevois, p. 17 et SCHMID, Strafprozessrecht, no 732).

¹²²ATF 113 Ia 1 et 257.

¹²³ATF 109 Ia 146, cons. 2b.

■ *L'analyse génétique*

A l'instar de la preuve dactyloscopique, qui permet de se prononcer sur l'identité de l'auteur d'une empreinte digitale laissée sur un objet, les traces biologiques (traces de sang, de salive, de sperme, cheveux, etc.) peuvent apporter dans le procès pénal des indices matériels importants. Les molécules d'ADN (acide désoxyribonucléique), qui se retrouvent dans les noyaux de toute cellule humaine, codifient l'ensemble de notre patrimoine génétique. En comparant le dessin et la longueur que présentent les différents segments d'ADN, les experts judiciaires peuvent déterminer si les échantillons d'ADN trouvés sur les lieux d'une infraction ou sur une victime correspondent avec l'ADN d'un suspect. L'analyse ne donne en principe aucun renseignement direct sur le patrimoine génétique de la personne en cause.

Aux termes de l'article 24 novies f de la Constitution fédérale, le patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et révélé qu'avec le consentement de celle-ci ou sur la base d'une prescription légale. En exécution de cette disposition, une commission d'experts est actuellement en train d'élaborer un avant-projet de loi qui fixe les conditions auxquelles une analyse génétique humaine peut être effectuée dans les domaines de la médecine, du travail, des assurances, de la responsabilité civile, de la filiation et de la procédure pénale.

La future loi doit déterminer quand il sera possible de recourir aux techniques d'analyses génétiques sans qu'il soit porté atteinte aux principes du respect de la dignité humaine et de la protection de la personnalité. En son état actuel, l'avant-projet prévoit que la police peut ordonner une analyse génétique à des fins d'identification (qui ne doit pas rechercher d'informations sur la santé ou d'autres caractéristiques personnelles, à l'exception du sexe de la personne concernée) des traces trouvées sur les lieux de l'infraction et des échantillons prélevés sur des personnes fortement soupçonnées d'avoir commis une infraction. Une analyse à des fins d'identification sur d'autres personnes ne peut être faite qu'avec leur consentement exprès ou sur ordre du juge si un fait important ne peut être établi que de cette manière. Le juge peut ordonner une analyse génétique de traces anonymes en vue de connaître d'autres données génétiques (maladies génétiques ou autres caractéristiques personnelles telles que la couleur des yeux, de la peau ou des cheveux¹²⁴), si celles-ci sont nécessaires pour identifier l'auteur d'une infraction pénale grave.

L'avant-projet précise que les échantillons sont conservés par le laboratoire et qu'ils sont détruits dès qu'ils ne sont plus nécessaires aux fins de la procédure pénale, mais au plus tard à l'entrée en force du jugement de dernière instance. Les données génétiques constituent, quant à elles, un élément du dossier et suivent les règles et principes de procédure applicables à la conservation des

¹²⁴ De telles analyses ne sont toutefois pas encore possibles en l'état actuel de la science.

documents. L'avant-projet ne traite pas de la question des fichiers ADN, mais réserve les dispositions de la Confédération et des cantons. La mise sur pied d'un tel fichier au niveau fédéral est actuellement en examen.

La Commission d'experts chargée de l'unification de la procédure pénale se rallie aux principes posés par l'avant-projet de la loi sur l'analyse génétique. Pour elle également, l'analyse génétique est pour l'essentiel un moyen relevant de l'enquête de police

■ *La surveillance policière*

S'il existe des indices sérieux de la commission ou de la préparation d'un crime ou d'un délit, la police peut surveiller les personnes qu'elle soupçonne d'y avoir participé ou d'y participer, de même que leur véhicule et elle peut consigner tout renseignement pertinent.

Seule l'autorité d'instruction peut mettre en œuvre des appareils techniques de surveillance au sens des articles 179^{bis} ss CPS (cf. à ce propos supra. chap. 5.19, ch. 5.198).

■ *La mise en œuvre d'agents infiltrés*

Depuis quelques années, des agents infiltrés sont toujours davantage engagés dans la lutte contre des trafics illicites, particulièrement dans le domaine des stupéfiants. Il s'agit là de fonctionnaires de police qui sont pourvus pour un certain temps d'une légende (nouvelle identité) et qui infiltreront le milieu criminel dans le but de récolter des preuves ou de permettre une arrestation en flagrant délit.

L'enquête sous couverture est un instrument de police qui produit des effets importants sur le procès pénal: l'agent infiltré doit être dirigé de telle manière qu'il ne commette, ni ne provoque de délits. Il peut seulement participer à la mise en œuvre d'une décision déjà prise¹²⁵. Durant l'instruction et à l'audience de jugement, un agent infiltré doit être protégé d'une identification par des mesures appropriées de protection des témoins et ce pour autant que des intérêts publics le justifient.

Dès l'instant où l'agent infiltré est un fonctionnaire de police et qu'il a ainsi le devoir de dénoncer les infractions dont il a connaissance dans l'exercice de sa fonction, l'interdiction d'exploiter les informations mises à jour par hasard ne trouve en principe pas application; le devoir de dénonciation ne vaut en revanche pas pour les délits de peu d'importance, car à chaque dénonciation peut aussi être attaché un certain danger d'être démasqué.

¹²⁵ Le Tribunal fédéral exige expressément que l'engagement intervienne conformément au principe de proportionnalité; ATF 112 Ia 23, c.4a

Si l'enquête sous couverture doit servir à élucider des infractions précises, le juge d'instruction doit en assumer la responsabilité.

■ **Les auditions par la police**

Au cours de l'enquête de police, il est possible d'entendre n'importe quelle personne (lésé, dénonciateur, "témoin" ou suspect). Il suffit qu'une personne soit susceptible de détenir des renseignements qui revêtent de l'importance pour l'éclaircissement d'un acte punissable pour qu'elle puisse faire l'objet d'une audition.

La police peut citer une personne; si celle-ci ne se présente pas sans motif suffisant, un fonctionnaire de police dûment habilité peut décerner à son rencontre un mandat d'amener.

Dans les interrogatoires de police, il y a lieu de respecter les règles régissant les auditions par les autorités judiciaires. En particulier, les menaces et les promesses fallacieuses sont interdites. Les prévenus doivent, avant leur audition, être rendus attentifs à leurs droits, en particulier à celui de se taire.

Il n'y a pas lieu de prévoir dans cette phase l'audition formelle d'un témoin, au début de laquelle le comparant est exhorté à répondre conformément à la vérité et rendu attentif aux conséquences pénales d'un faux témoignage. Néanmoins la police doit respecter le droit de refuser de déposer; elle doit en informer les personnes appelées à fournir des renseignements qui pourraient faire valoir de tels droits devant le juge d'instruction.

5.212.4 Fin de l'enquête de police

La police est tenue de transmettre d'office les plaintes et les dénonciations qu'elle a reçues, ainsi que les rapports et les procès-verbaux qu'elle a dressés, à l'autorité de poursuite, pour qu'elle décide s'il y a lieu ou non d'ouvrir une poursuite pénale.

La question du *moment* de cette transmission est délicate. Pendant combien de temps la police criminelle a-t-elle le droit d'agir de façon autonome sans informer le juge d'instruction? La pratique actuelle varie beaucoup d'un canton à l'autre, même là où les situations juridiques sont comparables. Ce n'est de plus guère étonnant que la répartition des tâches entre la police et le juge d'instruction ne dépende pas seulement des textes de lois, mais souvent aussi de l'effectif des autorités.

La Commission n'est pas en situation de régler dans le détail cette délimitation des attributions. Une pratique judicieuse s'inspirera du type de délit en cause et de sa gravité, ainsi que de l'intérêt des personnes impliquées. Elle veillera en particulier à ne pas entraver l'exercice des droits de la défense par un

allongement démesuré de l'enquête. En tous les cas, le juge d'instruction conserve le pouvoir d'empêcher un empiètement de l'enquête de police sur son domaine de compétence.

Dans trois situations, la compétence de la police pour mener des recherches de façon indépendante prend automatiquement fin. Il s'agit des hypothèses suivantes:

■ ***Communication de certains délits à l'autorités compétente***

En cas d'infraction d'une certaine gravité (crime passible d'une peine de réclusion d'une durée déterminée), la police est tenue d'aviser immédiatement l'autorité judiciaire compétente (autorité de poursuite ou d'instruction) de la commission de ces infractions, afin qu'elle puisse prendre les mesures qui s'imposent sur-le-champ. Dès lors, les actes d'enquête se déroulent sous la responsabilité du juge d'instruction.

■ ***Mesures de contrainte ordonnées par le juge***

En ordonnant des mesures de contrainte, spontanément ou sur proposition de la police, le juge ouvre de ce fait l'instruction, dont il assume la responsabilité. Dans ce cas également, la poursuite des recherches par la police intervient sur délégation du juge d'instruction.

■ ***Saisine d'office***

L'autorité judiciaire peut se saisir d'office d'un cas, quelle que soit la phase de la procédure. De cette façon, l'enquête spontanée de police prend fin.

5.213 Les opérations effectuées par la police sur délégation des autorités judiciaires: les commissions rogatoires

Le juge d'instruction et les tribunaux peuvent charger la police d'actes d'enquête de toute nature. Dans ce cas, la police agit sur mandat précis (commission rogatoire) de la justice.

Pour éviter que la procédure ne perde son caractère judiciaire, ce qui serait susceptible de porter de graves atteintes aux droits de la défense et aux libertés individuelles, il convient de garantir aux parties et à leurs mandataires le droit de participer aux commissions rogatoires ¹²⁶.

¹²⁶Dans ce sens: OBERHOLZER, p. 52 et SCHMID, nos 494 et 782.

La délivrance de commissions rogatoires à la police par les organes d'instruction soulève *deux questions de principe*.

La *première* est de savoir si l'autorité judiciaire peut déléguer à la police l'interrogatoire d'*inculpés* ou s'il convient de réserver leur audition exclusivement aux magistrats. La Commission est d'avis que la délégation d'interrogatoires à la police doit rester l'exception et se limiter, cas échéant, aux questions de détails dans les délits en série. Mais, en principe, l'interrogatoire du prévenu après l'ouverture de l'instruction doit rester l'affaire du juge d'instruction.

La *deuxième* question concerne la délivrance des commissions rogatoires dites "générales". Les législations récentes ¹²⁷ proscrivent les commissions rogatoires générales à la police, afin d'éviter que l'instruction, après l'ouverture des poursuites, ne passe progressivement dans les mains de la police et ne perde son caractère judiciaire. La délivrance de telles délégations équivaut le plus souvent à des "mandats en blanc" et au transfert des pouvoirs du juge à la police judiciaire, ce qui a pour effet de faire échec aux droits de la défense ¹²⁸. C'est pourquoi ce type de commission rogatoire devrait être prohibé pour garantir la loyauté du débat judiciaire.

5.214 Le contrôle des interventions de la police

Toute personne qui a fait l'objet d'une intervention ou d'une mesure de la police peut se plaindre par écrit d'une violation de la loi auprès du juge d'instruction.

La décision du juge d'instruction peut être attaquée auprès d'une autorité judiciaire collégiale.

Outre la possibilité du recours, il faut encore citer la plainte hiérarchique à l'autorité de surveillance de la police et mentionner le fait que les éventuelles faiblesses structurelles de l'enquête policière ne parviennent pas seulement à la connaissance du juge d'instruction par le moyen du recours, mais tout autant dans le cadre des rapports de police établis relativement aux recherches.

¹²⁷Par exemple à Berne, où l'article 238 CPP autorise l'autorité d'instruction à délivrer à la police le mandat "d'élucider certains faits"; dans le Jura, où l'article 212 al. 2 CPP énonce que la commission rogatoire doit préciser le mandat confié. Voir aussi Schmid, no 786, p. 237 pour la procédure zurichoise.

¹²⁸On notera que dans l'hypothèse où l'instruction est dirigée contre inconnu, le magistrat instructeur est autorisé à faire procéder à une série d'actes de nature à découvrir l'auteur présumé, notamment à interroger des suspects, sans qu'il soit nécessaire de donner le détail précis de la commission rogatoire.

5.22 L'instruction ¹²⁹

A moins qu'il ne soit déjà en mesure de rendre une décision matérielle sur la base de la dénonciation ou de la plainte, le magistrat instructeur ouvre l'instruction. Au terme de celle-ci, trois options s'offrent à lui: soit il décerne une ordonnance pénale, soit il ordonne un non-lieu, soit il renvoie l'affaire au tribunal. La décision de renvoi est susceptible de recours, ce qui équivaut à une procédure facultative de mise en accusation.

5.221 L'ouverture de l'action publique (*Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens*)

5.221.1 Examen des plaintes et dénonciations

Dès le dépôt de la plainte ou de la dénonciation, le juge d'instruction examine si les faits signalés sont constitutifs d'une infraction et si les conditions de l'action publique sont réunies.

Si les faits qui lui sont communiqués ne lui permettent pas de prendre une décision en toute connaissance de cause, il peut ordonner des investigations policières complémentaires.

Sinon, il ordonne l'ouverture de l'action publique ou rend une décision de refus de suivre.

5.221.2 Les décisions que le juge d'instruction peut prendre

■ *Décisions de classement (Nichtanhandnahme) et de suspension (Sistierung)*

Si le fait signalé ou dénoncé ne paraît pas punissable ou que la poursuite est irrecevable ou encore qu'elle apparaît inopportune, le juge d'instruction décidera de *classer l'affaire* (décision de ne pas donner suite à la dénonciation ou à la plainte, respectivement décision de refus d'ouvrir l'action publique) ou de suspendre la procédure, par exemple lorsque l'auteur est inconnu ou en fuite.

¹²⁹ Traduit de l'allemand.

Ainsi, le juge d'instruction pourra prononcer un classement sans suite, respectivement une suspension, notamment pour :

- défaut de punissabilité;
- absence d'une condition légale de l'action publique;
- inopportunité de la poursuite, auteur inconnu ou en fuite.

■ *Ouverture de l'action publique*

En revanche, si le juge d'instruction estime que les conditions de recevabilité et de bien-fondé de la poursuite pénale sont réunies, et que cette poursuite est opportune, il engagera l'action publique. Pour ce faire, il dispose de trois procédés :

- l'instruction;
- l'ordonnance pénale (Strafbefehl).
- le renvoi direct du prévenu devant l'autorité de jugement, comme dans certains cantons (par exemple Berne et le Jura), notamment dans les cas qui ne nécessitent pas une instruction et qui ne peuvent être liquidés par une ordonnance pénale.

Il n'y a pas de notification des décisions d'ouverture de l'action publique, ni de recours contre celles-ci. Les règles relatives à la notification et au recours en matière d'ordonnances pénales et de décisions de renvoi sont les mêmes qui s'appliquent à ces décisions lorsqu'elles sont prises au terme de l'instruction.

5.222 L'instruction

5.222.1 But de l'instruction

Au cours de l'instruction, toutes les questions de fait et de droit doivent être pour l'essentiel élucidées¹³⁰. Dès l'instant où le principe d'immédiateté n'est pas pleinement réalisé aux débats, il est de première importance que les preuves soient réunies de façon complète et minutieuse au cours de l'instruction. Celle-ci doit tout au moins être suffisamment approfondie pour que, sur la base de ses résultats, le juge d'instruction et le procureur soient en mesure de décider s'il y a matière ou non à soutenir l'accusation.

¹³⁰ Cf. HAUSER/SCHWERI, p. 326, n°1.

5.222.2 Caractères de la procédure d'instruction

Sous l'impulsion de la doctrine et de la jurisprudence¹³¹, les codes récents ou révisés récemment¹³² ont largement facilité l'accès des parties et de leur mandataire au dossier et à l'instruction. Ainsi, le droit des parties pendant l'instruction est largement marqué par un courant libéral qui imprègne l'évolution du procès pénal moderne et qui tend notamment vers une amélioration sensible et une reconnaissance accrue des droits de la défense en procédure préliminaire. Ainsi, si l'instruction est demeurée écrite, elle n'est plus non contradictoire¹³³, ni complètement secrète, du moins à l'égard des parties.

Compte tenu de la tendance à introduire une immédiateté réduite des débats, où seules devraient être administrées les preuves qui peuvent avoir une influence considérable sur le verdict de culpabilité ou sur la sanction, les parties doivent pouvoir participer activement dès le début de cette phase cruciale et toujours plus importante du procès, dont le dossier devient une pièce maîtresse des débats de la cause.

Ainsi, sauf cas exceptionnels (p.ex. lors d'un risque concret d'abus), *l'instruction* ne devrait plus être secrète à l'égard du prévenu qui devrait se voir reconnaître le *droit d'être assisté d'un défenseur*, lequel devrait pouvoir prendre connaissance du dossier et communiquer librement avec son client et assister aux différents actes de l'instruction. Les mêmes prérogatives devraient être accordées au ministère public et au plaignant, mais, pour ce dernier, le droit d'intervention devrait être formellement sollicité.

5.222.3 L'accomplissement des actes d'instruction

■ *Les investigations par le juge lui-même*

Le juge d'instruction procède, en principe, personnellement à tous les actes qu'exige la recherche de la vérité.

■ *Les investigations confiées à des auxiliaires, notamment à la police*

Le juge d'instruction est autorisé à *déléguer* à d'autres personnes (magistrats, greffiers, officiers et agents de police) l'accomplissement de certains actes, par voie de *commission rogatoire*.

¹³¹ Voir notamment PIQUEREZ, nos 1925 ss et les citations.

¹³² Notamment ceux de Berne et du Jura; ou les codes genevois et zurichois.

¹³³ En raison du droit d'accès des parties à la procédure et au dossier (Parteiöffentlichkeit).

Toutefois, la *délégation systématique* des actes d'instruction à la police judiciaire par la délivrance de *commissions rogatoires générales*, de même que la délégation de l'interrogatoire du prévenu, sont en principe prohibées. Ainsi, l'interrogatoire du prévenu est en règle générale réservé au juge d'instruction ou à un *magistrat* qu'il a délégué (cf. supra chap. 5.21, ch. 5.213).

5.222.4 L'interrogatoire du prévenu

■ *Les formalités de l'interrogatoire de première comparution*

Au cours du premier interrogatoire, le magistrat instructeur doit, avant d'entendre le suspect sur les faits de la cause, l'informer des faits qui lui sont imputés et lui donner connaissance de la poursuite pénale et de l'infraction mise à sa charge (inculpation).

Après avoir procédé à l'inculpation, le juge d'instruction doit indiquer au prévenu ses *droits essentiels* (*droits de la défense*). Pour assurer la loyauté du débat judiciaire, le juge devra avertir le prévenu des droits suivants:

- droit au silence ou de ne faire aucune déclaration;
- droit de faire choix d'un défenseur privé ou de se faire désigner un défenseur d'office;
- droit à la défense obligatoire;

- droit de s'expliquer dans sa langue habituelle, avec l'aide d'un interprète, si nécessaire;
- droit (du prévenu détenu) de demander sa mise en liberté en tout temps;
- droit de communiquer librement avec son avocat.

Il s'agit là des droits essentiels inhérents aux *droits de la défense* et garantis par la plupart des codes de procédure pénale modernes, ainsi que par les principes généraux du droit.

■ *L'objet de l'interrogatoire de première comparution*

Une fois les formalités concernant les droits de la défense accomplies, le juge d'instruction doit inviter le prévenu à s'expliquer sur les faits imputés. Les explications fournies sont notées au procès-verbal; il en va de même pour les interrogatoires ultérieurs.

L'interrogatoire sera conduit à charge et à décharge et l'inculpé sera invité à indiquer ses moyens de preuve à l'appui de sa version. Il sera en outre interrogé sur ses antécédents et ses circonstances personnelles.

Les parties peuvent assister à l'interrogatoire et poser des questions.

5.222.5 Le droit de recourir contre les décisions du juge d'instruction

Les décisions sur les réquisitions de preuves des parties, sur la consultation du dossier ou la participation à des actes d'instruction, sur la suspension de l'instruction, ainsi que sur l'autorisation ou le refus de procéder à des actes d'enquête déterminés sont susceptibles de recours (cf. infra chap. 5.26).

Sont légitimés à attaquer les ordonnances du juge d'instruction : le prévenu, le ministère public et la partie plaignante.

5.222.6 Clôture de l'instruction et audition finale

Lorsque le juge estime l'instruction complète, il rend une ordonnance de prochaine clôture qui sera communiquée à toutes les parties et qui indiquera la suite que le magistrat entend donner à la procédure. Les parties sont autorisées à critiquer l'administration de la preuve, à présenter leurs observations au sujet de l'issue de la procédure et à demander à ce que l'instruction soit complétée.

Il est donné au prévenu, sur sa requête, l'occasion de s'exprimer verbalement sur le résultat de l'instruction. Le juge peut aussi procéder spontanément à un tel interrogatoire.

5.223 Décision sur la suite de la procédure

5.223.1 Les différentes situations possibles

A la fin de l'instruction, le juge n'a le choix qu'entre deux solutions : soit il décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre l'affaire (décision de *non-lieu* provisoire ou définitif), soit il est au contraire d'avis qu'il existe des charges suffisantes et qu'il y a lieu de prononcer un renvoi en jugement (ordonnance de *renvoi*) ou de décerner une *ordonnance pénale*.

5.223.2 Le non-lieu

■ *Le non-lieu provisoire*

Lorsque le juge d'instruction est d'avis qu'il n'existe pas de charges suffisantes, que le prévenu est en fuite, qu'il n'a pas pu être identifié, qu'il n'existe pas de plainte pénale au sens de l'article 28 CPS ou d'autorisation de poursuivre, que l'immunité diplomatique n'est pas levée, etc., il peut prononcer un *non-lieu provisoire* qui permettra une reprise de la procédure en cas de modification des circonstances (par exemple l'immunité diplomatique est levée, une plainte pénale est déposée dans le délai légal, etc.).

Le non-lieu provisoire n'est ainsi revêtu *d'aucune autorité de la chose jugée*.

■ *Le non-lieu définitif*

Dans l'hypothèse où il apparaît que les faits tels qui sont établis par l'instruction ne constituent aucune infraction punissable ou qu'il existe une cause absolue de libération, telle que la prescription de l'action publique, la chose jugée, l'amnistie, l'interdiction formelle de poursuivre, la tardiveté de la plainte ou son retrait, l'irresponsabilité ou la mort du prévenu, etc., le juge d'instruction prononce un *non-lieu définitif*, qui acquiert une *autorité de chose jugée totale* et qui s'oppose à toute poursuite ultérieure pour les *mêmes faits*.

5.223.3 L'ordonnance pénale

Si les conditions légales pour décerner une ordonnance pénale ou de condamnation sont réunies, le juge d'instruction applique cette procédure simplifiée (cf. infra chap. 5.25).

5.223.4 Le renvoi en jugement

■ *Conditions et forme*

Lorsque l'affaire est suffisamment instruite, qu'il existe des charges suffisantes contre le prévenu et que le fait poursuivi ne peut pas faire l'objet d'une ordonnance pénale, le juge d'instruction prononce le renvoi du prévenu devant l'autorité de jugement.

L'acte de renvoi désigne nommément le prévenu, la partie plaignante, les faits à la charge du prévenu, en indiquant le lieu, la date à laquelle l'acte punissable a été commis et, au besoin, son mode d'exécution, les

dispositions légales applicables et le tribunal devant lequel l'affaire est renvoyée.

■ *Influence du ministère public sur la décision de renvoi*

La forme en laquelle le ministère public peut exercer une influence sur la décision de renvoi est un sujet très délicat.

D'un côté, l'égalité des armes voudrait que le ministère public puisse exercer une telle influence dans la même mesure que le prévenu, soit en attaquant la décision de renvoi devant un tribunal (chambre d'accusation). Par ailleurs, il n'est guère acceptable que le juge d'instruction impose systématiquement au ministère public l'accusation qu'il devra plus tard soutenir devant le tribunal et à laquelle il ne puisse s'opposer que par la voie d'un recours. La Commission a opté pour un compromis qui s'inspire de la procédure pénale bernoise, sans toutefois mettre en cause l'indépendance du juge d'instruction.

Selon ce compromis, le juge d'instruction fait parvenir le dossier avec sa décision de renvoi au ministère public; celui-ci soit donne son accord, soit prend des réquisitions tendant par exemple à un complément de preuve ou à une qualification nouvelle des faits. Si le ministère public donne son accord, le dossier et la décision de renvoi sont transmis sans autre au tribunal. Sinon, le juge examine les éventuelles réquisitions du procureur. Il leur donne suite ou les rejette, puis il notifie aux parties la décision formelle de renvoi. De cette manière, le ministère public peut, sans déranger à chaque fois la chambre d'accusation, exercer une certaine influence et ainsi contribuer à éviter des accusations inexactes, incomplètes ou exagérées.

■ *Recours contre la décision de renvoi*

La décision de renvoi définit l'objet des débats et produit les effets d'un acte d'accusation. Eu égard à l'importance qu'elle revêt pour les parties et pour les futurs débats devant le tribunal, il va de soi qu'elle peut être attaquée par les parties (recours à la chambre d'accusation).

5.23 Les débats ¹³⁴

Dans l'intérêt d'une conduite rationnelle du procès, l'administration des preuves doit être soumise au principe de l'immédiateté limitée. Les règles conçues pour les tribunaux collégiaux s'appliquent par analogie, dans le code de procédure pénale unifié, au juge unique.

5.231 Préparation des débats

5.231.1 Les tâches du président

Le président du tribunal compétent prépare les débats. Il doit prendre toutes les dispositions nécessaires, notamment fixer aux parties un délai pour présenter d'éventuelles propositions de preuves et déterminer quelles preuves doivent être recueillies aux débats. Est réservé le droit du tribunal de prendre d'office ou sur requête d'autres décisions.

Le président du tribunal doit également avoir la compétence de renvoyer le dossier au juge d'instruction pour complément d'information. Il fixe la date et le lieu des débats et notifie les citations à comparaître. Il peut faire circuler le dossier avant les débats entre les membres du tribunal (cf. sur ce point infra ch. 5.233.2). Il peut, jusqu'à l'ouverture des débats, ordonner la prolongation ou la levée de mesures de contrainte; pendant les débats, cette compétence revient au tribunal.

5.231.2 Administration anticipée de preuves

S'il apparaît que l'administration d'une preuve ne sera pas possible aux débats (p.ex. parce qu'un témoin doit se rendre d'urgence à l'étranger), le président devrait être habilité à procéder, personnellement ou par les soins d'un membre du tribunal, à l'administration anticipée de la preuve ou à la faire recueillir par la

¹³⁴ Traduit de l'allemand.

voie de l'entraide judiciaire. Les parties doivent dans ce cas avoir la possibilité de participer à l'administration de la preuve.

Pour les cas compliqués, il faut envisager la possibilité de procéder à une audience préliminaire selon les modèles des codes de procédure pénale neuchâtelois et fribourgeois (nouveau). A une telle audience, on discute du déroulement de la procédure¹³⁵.

5.232 Questions particulières importantes

5.232.1 Direction des débats

Les débats sont dirigés, dans les tribunaux collégiaux, par le président.

5.232.2 Composition du tribunal

Le tribunal doit participer aux débats, délibérer et voter *dans la même composition*. Si un juge doit être remplacé, il peut être renoncé, avec l'accord des parties, à la répétition des phases de la procédure qui se sont déjà déroulées. Dans les affaires complexes qui nécessitent des débats de longue durée, un ou plusieurs *juges suppléants* peuvent être mobilisés; ils assistent aux débats depuis le début, afin d'éviter des répétitions dans l'hypothèse où un juge ne pourrait plus siéger.

Les *questions relatives à l'incapacité de siéger* relèvent en principe de la loi d'organisation judiciaire cantonale. L'article 10 LAVI, selon lequel les victimes de délits sexuels peuvent exiger qu'au moins une personne du même sexe fasse partie du tribunal de jugement, doit être intégré dans le code de procédure pénale fédéral.

5.232.3 Unité des débats

Les débats doivent être conduits de manière suivie et ne pas être interrompus sans motifs impérieux. En règle générale, la délibération a lieu directement à l'issue des plaidoiries.

¹³⁵ Art. 192, 193ss. CPP-NE; art. 171 CPP-FR.

5.232.4 Principe de publicité

Les débats doivent être publics, à l'exception de la délibération et du vote.

Le *huis clos* doit être prévu si l'ordre public est susceptible d'être troublé et s'il est nécessaire de sauvegarder les intérêts dignes de protection de participants au procès. Les règles particulières prévues en la matière par la loi sur l'aide aux victimes d'infractions doivent être intégrées dans le code de procédure pénale fédéral. La question de l'admission de certaines personnes justifiant d'un intérêt suffisant aux débats (personnes de confiance, éventuellement représentants de la presse), malgré le huis clos, doit être réglée¹³⁶.

5.232.5 Prises de son et d'images

Les prises de son et d'images, ainsi que les enregistrements radio- ou télédiffusés, sont interdits durant les débats. En revanche, ils ne doivent pas être totalement exclus lorsqu'ils portent sur des événements secondaires dans la salle du tribunal ou à proximité. Le président du tribunal doit être habilité à autoriser ou à interdire, selon l'importance de l'affaire, des prises de son ou d'images dans la salle d'audience et à l'intérieur du palais de justice.

5.232.6 Césure des débats en deux parties

La possibilité doit être envisagée, dans l'intérêt de la protection de la personnalité du prévenu, de débattre d'abord et séparément de la question de la culpabilité. Dans ce cas, les circonstances personnelles du prévenu ne feront l'objet de débats que si la culpabilité est reconnue.

Ce système a pour avantage, en vertu du principe "in dubio pro reo", qu'en cas d'acquittement il n'est pas nécessaire de débattre par exemple des conclusions d'un rapport d'expertise psychiatrique, qui relate des détails intimes. Mais, même en cas de déclaration de culpabilité – soit lorsqu'il est établi que le prévenu a commis l'infraction –, cette mesure permet d'exclure la publicité des débats dans la deuxième phase de la procédure, pour tenir compte de la protection de la personnalité. La décision préalable sur la question de la culpabilité doit être communiquée immédiatement. Elle ne peut toutefois être attaquée que si elle constitue une décision finale. La question de la punissabilité et celle de la mesure

¹³⁶ Sur le huis clos, voir aussi supra chap. 5.17, ch. 5.171.3 (la police d'audience).

de la peine seront tranchées dans une deuxième phase. Plusieurs codes de procédure pénale connaissent des règles de ce type¹³⁷.

5.232.7 Présence des parties

■ *Prévenu et procureur*

Le *prévenu* doit comparaître personnellement aux débats. Le président du tribunal peut, sur requête, le dispenser d'une comparution personnelle si sa présence n'est pas indispensable.

Le nouveau code de procédure pénale doit énoncer les cas dans lesquels le *ministère public* doit obligatoirement prendre part aux débats. La Commission est d'avis que tel est le cas lorsqu'une peine privative de liberté de plus de 5 ans est envisagée. Dans les autres hypothèses, le ministère public doit rester libre d'apprécier s'il entend participer aux débats. S'il souhaite être cité, il doit en informer à temps le président du tribunal.

Lorsqu'il renonce à participer aux débats, le ministère public doit exceptionnellement pouvoir prendre ses réquisitions *par écrit* et les motiver brièvement.

■ *Partie plaignante*

Un mandat de comparution doit être notifié au plaignant qui s'est constitué partie à la procédure. Il reste toutefois libre de comparaître ou non, pour autant que sa présence comme témoin ou comme personne appelée à fournir des renseignements ne soit pas nécessaire. S'il envisage toutefois de prendre des conclusions sur la question pénale, il doit participer aux débats; sinon il perd le droit d'attaquer le jugement sous son aspect pénal. Il doit être rendu attentif dans la citation à cette conséquence d'une non-comparution.

Les mêmes conséquences pourraient aussi valoir pour le lésé qui n'élève que des prétentions civiles. Toutefois, la participation obligatoire de lésés au bénéfice d'une créance non contestée n'est pas indispensable. Il serait de plus disproportionné de contraindre une partie civile qui n'entre en ligne de compte que pour un délit (à côté de nombreux autres) à participer à toute la procédure susceptible d'être fort longue.

¹³⁷ Cf. art. 173 CPP-AR, 267 CPP-SH, 168 CPP-FR, 294 CPP BE, 250 CPP-ZH.

5.233 Déroulement des débats

5.233.1 Questions préjudicielles et demandes de preuves

Les parties ont, au début des débats, la possibilité de soulever des questions préjudicielles. Celles-ci peuvent porter, par exemple, sur la prescription, l'interdiction d'une double poursuite, la compétence du tribunal et sa composition, l'existence de motifs d'incapacité de siéger, la nécessité de prononcer le huis clos, la césure de la procédure en deux phases, l'administration de nouvelles preuves ou toute autre requête tendant à compléter le dossier.

S'il existe un obstacle procédural à la poursuite des débats (p.ex. défaut de compétence ou prescription), le tribunal ne peut entrer en matière sur le fond. Mais il doit pouvoir lier la décision sur la question préjudicielle à la décision sur la question principale.

5.233.2 L'administration des preuves

■ *Immédiateté limitée de l'administration des preuves*

Les débats doivent constituer pour le tribunal la base de son jugement; il faut dès lors s'en tenir au *principe de l'immédiateté*. On peut toutefois prévoir à son application des limites raisonnables dans l'intérêt d'une conduite rationnelle de la procédure. C'est pourquoi la Commission plaide en faveur d'une *immédiateté limitée de l'administration des preuves à l'audience*. Cela correspond à la nouvelle tendance de l'évolution du droit de procédure en Suisse.

Les procès-verbaux des auditions de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements recueillies au cours de l'instruction ou de l'administration anticipée de preuves doivent pouvoir être utilisés comme preuves, si un interrogatoire direct aux débats n'est pas possible ou si les déclarations ne sont pas contestées. De tels procès-verbaux doivent également pouvoir servir de preuves, si le prévenu a eu, durant l'instruction, la possibilité de poser des questions aux témoins entendus, ainsi qu'aux personnes appelées à fournir des renseignements et pour autant que ces procès-verbaux paraissent suffisants et fiables au tribunal.

Cela a pour conséquence qu'il n'existe *pas d'obligation générale de procéder à la lecture des pièces*, pour autant que le tribunal et les parties aient une connaissance complète du dossier. C'est pourquoi la Commission préconise que dans un tribunal collégial une *circulation du dossier* soit en règle générale organisée avant les débats.

■ Auditions conduites par le président

La Commission se prononce en faveur d'*auditions conduites par le président*: à l'inverse de ce qui se passe dans l'interrogatoire contradictoire (cross examination), le président du tribunal interroge l'accusé sur sa situation personnelle et sur les faits de la cause et procède à l'administration des autres preuves. Ce n'est qu'à la suite du président que les membres du tribunal et les parties ont la faculté de suggérer que soit posées des questions complémentaires.

Les parties doivent avoir la possibilité de requérir de nouveaux moyens de preuve jusqu'à la fin de l'administration des preuves.

5.233.3 Extension de la procédure et modification de la qualification juridique

Si des présomptions sérieuses se font jour au cours des débats que le prévenu a commis une infraction qui ne fait *pas l'objet du renvoi*, la décision de renvoi doit en principe être modifiée. Dans les affaires simples, il suffit souvent d'avertir le prévenu des motifs d'extension de la procédure et de lui donner l'occasion de se déterminer. Cela vaut notamment lorsque le tribunal prend en compte une nouvelle qualification juridique (plus grave ou moins grave) ou s'il étend la poursuite pénale à des faits qui n'étaient pas visés dans la décision de renvoi. Si l'appréciation du tribunal diverge fortement de la décision de renvoi, il doit être accordé au prévenu suffisamment de temps pour qu'il puisse adapter sa défense en conséquence¹³⁸.

5.233.4 Réquisitoire et plaidoiries

Le réquisitoire et les plaidoiries sont prononcés après la clôture de l'administration des preuves, habituellement dans l'ordre suivant: procureur, lésé et prévenu. Il peut être accordé aux parties l'occasion de plaider une seconde fois. Le lésé n'est pas admis à se prononcer sur la mesure de la peine et sur la question du sursis.

Après les plaidoiries, le prévenu a le droit de prendre *la parole en dernier*.

¹³⁸ HAUSER/SCHWERI, p. 249, no 13.

5.234 Délibération et communication du jugement

5.234.1 Délibération

L'objet de la délibération et du vote est constitué par la décision de renvoi, qui revêt la fonction d'un acte d'accusation (cf. supra chap. 5.22, ch. 5,223.4). Si une ordonnance pénale tient lieu de décision de renvoi, elle constitue l'acte d'accusation. Le président expose les questions à traiter et les met en discussion. Chaque juge a le devoir de prendre position et de voter. Les décisions sont prises à la majorité des voix. Le greffier a voix consultative.

Le tribunal doit pouvoir également *rouvrir les débats*, lorsqu'une administration complémentaire des preuves ou une extension des poursuites sont nécessaires.

5.234.2 Communication du jugement

■ *Procédure*

Le jugement est communiqué aux parties par le président, qui procède à la lecture du dispositif et qui expose brièvement les principaux motifs retenus. La communication du jugement a lieu en audience publique.

Après la communication du jugement, le président est habilité à ordonner, prolonger ou lever la détention préventive ou une mesure de substitution.

Le dispositif du jugement est notifié par écrit, après la communication orale, aux parties et aux autres personnes touchées directement dans leurs droits par le jugement. Si la notification au prévenu n'est pas possible sous une autre forme, le dispositif du jugement est publié dans la feuille officielle.

■ *Contenu du dispositif du jugement*

Le dispositif du jugement contient les éléments suivants:

- le nom des membres du *tribunal qui a jugé* et celui du greffier, ainsi que le lieu et la date des débats,
- la désignation des *parties*,
- la constatation des infractions commises, respectivement la décision de ne pas donner suite à l'affaire ou de ne pas entrer en matière (p.ex. en cas de prescription ou faute de compétence à raison du lieu),
- l'indication de la *peine ou de la mesure* prononcée, ainsi que la décision sur l'imputation de la détention préventive,

- la décision sur les *points accessoires* (prétentions civiles, mesures selon les articles 57 et suivants CPS) et sur les frais et indemnités,
- l'indication des *dispositions légales* appliquées,
- l'indication des voies de recours,
- la *signature* du président et du greffier,
- l'indication des personnes et des services administratifs, auxquels le jugement doit être *notifié* ou communiqué,

5.234.3 Expédition complète du jugement

Une expédition complète du jugement contenant les considérants est notifiée aux parties ainsi qu'aux éventuelles autres personnes concernées.

Dans l'intérêt d'une administration rationnelle de la procédure, il convient, dans les cas où une peine privative de liberté de moins d'une année est prononcée, de prévoir la possibilité de *renoncer à la motivation du jugement*, à moins qu'une partie ne le demande dans les 10 jours à compter de la notification du dispositif ou qu'elle recourt.

5.24 L'action civile

Toute personne qui est lésée par une infraction doit pouvoir se constituer partie civile dans la procédure pénale. Les prescriptions de la loi fédérale sur l'aide aux victimes relatives à l'exercice des prétentions civiles doivent être intégrées dans le nouveau code fédéral de procédure pénale

5.241 Vue générale

5.241.1 Les différents droits d'intervention du lésé en procédure

Les différentes législations reconnaissent généralement trois formes d'intervention du lésé en procédure pénale : en qualité de plaignant, d'accusateur privé et de partie civile¹³⁹.

En effet, la commission d'une infraction donne généralement naissance à deux actions : l'une d'intérêt public (*l'action publique*) et l'autre d'intérêt privé (*l'action civile*). De même, dans la période la plus reculée, le droit de mettre la poursuite en mouvement appartenait exclusivement à la victime de l'infraction et à ses proches, ce qui explique qu'aujourd'hui encore la victime peut provoquer elle seule l'action pénale, dans les délits qui ne se poursuivent pas d'office, en portant *plainte*, et agir aux côtés du ministère public en qualité d'*accusateur privé*.

Ainsi, la victime peut soit intenter une action en réparation du dommage qu'elle a subi à la suite de l'infraction dont elle a été l'objet (*partie civile*), soit agir en justice pour obtenir la condamnation pénale de l'auteur de l'infraction (*plaignant, partie plaignante*).

¹³⁹ HAUSER/SCHWERI, p. 129 et PIQUEREZ, no 1614.

5.241.2 Notion, conditions d'exercice et définition de l'action civile

L'action civile (Zivilklage, Adhäsion, Adhäsionsklage) a pour but la réclamation du préjudice résultant de l'infraction. Cette action suppose que l'infraction a entraîné pour la victime un préjudice matériel ou moral.

Ainsi, seule la personne (physique ou morale) qui a été lésée de façon *immédiate* dans son bien juridique par un acte punissable peut se constituer partie civile pour obtenir réparation de son préjudice matériel ou moral né de l'infraction. Ce préjudice doit en outre être *personnel, direct, actuel* et *certain*, faute de quoi l'action civile ne pourra pas être traitée dans la procédure pénale¹⁴⁰.

5.242 L'exercice de l'action civile devant le juge répressif

5.242.1 La situation dans les cantons avant l'adoption de la LAVI¹⁴¹

Avant l'entrée en vigueur de la LAVI, tous les codes de procédure pénale cantonaux, ainsi que la procédure pénale fédérale et la procédure pénale militaire, permettaient à la victime d'une infraction de demander la réparation du préjudice matériel ou moral en justice, accessoirement au procès pénal¹⁴².

Toutefois, les conditions d'exercice de l'action civile variaient de manière sensible d'un canton à l'autre. Ainsi, l'exercice de l'action civile devant le juge répressif se heurtait fréquemment, au gré des législations cantonales, à des obstacles d'ordre pratique tels que le renvoi quasi systématique de la victime devant une instance civile, des limites de compétence matérielle des tribunaux pénaux, entre autres¹⁴³.

¹⁴⁰ PIQUEREZ, no 1746.

¹⁴¹ LF sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991 (RS 312.5).

¹⁴² KILLIAS, La position des victimes d'infractions pénales dans les lois de procédure pénale de la Confédération et des cantons, avis de droit à l'intention de l'Office fédéral de la justice, Lausanne, octobre 1986, p. 20; rapport final de la Commission d'étude chargée d'élaborer un avant-projet de loi fédérale sur l'aide aux victimes d'actes de violence criminels, du 23 décembre 1986.

¹⁴³ GOMM/STEIN/ZEHNTNER, p. 151; KILLIAS, La LAVI comme fruit de recherches sur les attentes et les difficultés des victimes d'infractions criminelles, RPS 1993, p. 407.

5.242.2 Les règles minimales imposées par la LAVI en matière d'action civile

Aux termes de l'article 8 alinéa, 1 litt. a, LAVI, la victime peut intervenir comme partie dans la procédure pénale et elle peut en particulier faire valoir ses prétentions civiles. Cette disposition impose ainsi aux cantons l'action civile. Toutefois, l'article 8 LAVI va plus loin que la plupart des réglementations cantonales, en ce sens que l'action adhésive est recevable *sans limite* quant au montant réclamé. Mais surtout, le juge pénal ne peut renvoyer la victime à agir au civil que lorsque le prévenu est acquitté ou que la procédure est abandonnée (art. 9, al.1, LAVI); dans tous les autres cas, il doit trancher lui-même, le cas échéant adjuger l'action civile dans son principe (art. 9, al. 3, LAVI)¹⁴⁴.

La LAVI, à l'instar de certaines législations cantonales, permet au juge pénal de *différer* le jugement de l'action civile (art. 9 al. 2). Cette faculté permet au juge répressif de satisfaire au principe de célérité qui régit le procès pénal. L'examen des prétentions civiles sera alors traité ultérieurement par *la même* autorité de jugement, ce qui évite à la victime d'ouvrir un nouveau procès devant le juge civil, et au prévenu d'être traîné d'une juridiction devant une autre¹⁴⁵.

5.243 Les options de la Commission

5.243.1 La qualité de partie civile

Il se justifie de reconnaître la qualité pour intervenir comme partie dans la procédure pénale pour faire valoir des prétentions civiles à toute personne (physique ou morale) qui a été lésée de façon *immédiate* dans ses biens juridiques par un acte punissable et qui subit un préjudice personnel, direct, actuel et certain. Cela signifie qu'elle peut intervenir comme partie plaignante dans la procédure¹⁴⁶.

La qualité pour agir doit également être reconnue aux *personnes assimilées au lésé*, soit ses proches (conjoint, enfant, père et mère, ainsi qu'aux autres personnes unies à la victime par des liens analogues et aux héritiers).

¹⁴⁴ PIQUEREZ (Aide aux victimes), p. 41; Message du 25 avril 1990 concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, FF 1990 II 909 ss.

¹⁴⁵ PIQUEREZ (Aide aux victimes), p. 44.

¹⁴⁶ Il a déjà été exposé que le plaignant devait pouvoir intervenir au plan pénal (cf. supra chap. 5.15).

5.243.2 La procédure et le jugement de l'action civile

Il se justifie de reprendre dans la loi de procédure pénale les principes posés à l'article 9 LAVI concernant le déroulement formel du jugement des prétentions civiles.

5.25 Les procédures spéciales ¹⁴⁷

Il convient de régler dans un code de procédure pénale fédéral les procédures spéciales, telles que la procédure par défaut, la procédure de l'ordonnance pénale et la procédure en cas de décisions judiciaires ultérieures.

5.251 Survol

5.251.1 Qu'y a-t-il à régler?

De nombreux codes de procédure pénale cantonaux prévoient, pour les différentes formes particulières de procès, des dispositions qui sont pour partie réunies dans un *chapitre particulier consacré aux "procédures spéciales"*. Dans d'autres codes, les procédures spéciales sont réglées de façon décentralisée. La Commission considère qu'un code de procédure pénale fédéral doit également contenir des dispositions sur les procédures spéciales.

Des règles sur la *procédure par défaut* et sur la *procédure de l'ordonnance pénale* sont indispensables. Mais il serait tout aussi judicieux de régler la *procédure en cas de décisions judiciaires ultérieures*.

5.251.2 Questions ouvertes

La Commission d'experts ne fait pas de proposition tendant à unifier la procédure pénale applicable aux mineurs, la procédure pénale administrative et la procédure de l'ordonnance pénale. Les raisons de ce choix sont exposées au chiffre 5.11 (champ d'application).

¹⁴⁷ Traduit de l'allemand.

■ *Jugement par les autorités administratives*

Dans la mesure où les cantons prévoient des autorités administratives (p. ex. préfet, Oberamtmann) comme instances répressives (cf. art. 345, ch.1, al.2, CPS) pour statuer sur les contraventions de droit fédéral, les dispositions correspondantes du code de procédure pénale fédéral doivent être reprises; seront alors notamment appliquées les règles de la procédure de l'ordonnance pénale (jugement par le tribunal en cas d'opposition).

■ *Amendes d'ordre*

La Commission a examiné la question de l'unification de la procédure des amendes d'ordre. Elle est arrivée à la conclusion que ce thème quelque peu particulier devait être réservé à la législation spéciale.

■ *La procédure pénale privée*

Environ la moitié des cantons connaissent des dispositions de procédure particulières et fort différentes les unes des autres relatives à la procédure pénale privée; elles sont notamment prévues en matière d'atteintes à l'honneur, mais aussi pour d'autres infractions poursuivies sur plainte. Dans ces procédures, le particulier soutient l'accusation dès le début comme partie principale et accusateur unique; l'accusateur public n'intervient pas. La question se pose de savoir si ce type de procédure doit être également introduit dans d'autres cantons. De l'avis de la Commission, la procédure pénale privée n'appartient pas aux essentialia d'un code de procédure; c'est pourquoi elle souhaite renoncer à l'introduire dans un code unifié.

5.252 La procédure par défaut

5.252.1 Phase préliminaire

Lorsque le prévenu est sans domicile connu, la phase préliminaire de la procédure doit être conduite malgré son absence. Cela suppose qu'il ne puisse être ni cité à comparaître, ni amené, ni arrêté et qu'un signalement pour recherche de son lieu de séjour ou pour arrestation soit resté sans résultat ou qu'il soit manifestement inutile. La procédure doit, dans toute la mesure du possible, être conduite avec le même soin qu'à l'égard d'un prévenu qui comparaît.

Si la présence du prévenu est indispensable pour élucider des faits, la procédure devrait être *suspendue* (classée provisoirement), jusqu'à ce que le prévenu soit appréhendé ou qu'il se présente aux autorités.

■ 5.252.2 Débats

Les *débats* peuvent être menés en l'absence de l'accusé, si celui-ci fait défaut malgré une citation en bonne et due forme ou faute d'excuses suffisantes et si le tribunal renonce à sa comparution ou que celle-ci n'est pas possible même après citation par voie édictale.

La procédure doit être suspendue également pendant les débats, lorsque l'administration des preuves ne suffit pas à fonder une condamnation ou un acquittement ou si la présence du prévenu est indispensable pour le jugement. Car, dans la procédure par défaut, le principe de la vérité matérielle trouve également application¹⁴⁸.

Certes, il est souhaitable qu'un jugement par défaut ne soit prononcé que lorsque le prévenu a été interrogé par le juge au moins une fois au cours de la procédure. La Commission entend toutefois *renoncer* à faire de ce souhait une condition sine qua non du prononcé d'un jugement par défaut. C'est pourquoi elle prévoit une *réglementation généreuse du relevé du défaut* et en particulier du cas de l'absence fautive. Du reste, un jugement ne peut pas sans autre être prononcé, lorsque les faits n'ont pu être suffisamment élucidés.

De l'avis de la Commission, il n'est pas soutenable, comme cela est prévu dans certains codes de procédure pénale cantonaux, d'aggraver la position du prévenu dans une procédure par défaut, notamment parce que le jugement se fonde exclusivement sur le dossier, parce qu'il est renoncé à une administration complémentaire de preuves aux débats ou à la nomination d'un avocat d'office ou encore parce que le défenseur n'est pas admis à plaider. Une procédure par défaut ne justifie aucune restriction des droits de la défense de l'accusé spécifiés à l'article 6 CEDH.

5.252.3 La procédure en relevé du défaut

Celui qui a été condamné par défaut a le droit, dans un bref délai à compter de la réception du dispositif, de demander l'annulation du jugement (le relevé du défaut ou relief), à moins que la prescription de la peine ne soit intervenue; dans ce dernier cas, la possibilité de la revision reste ouverte.

¹⁴⁸ HAUSER/SCHWERI, p. 382.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le relevé du défaut *ne doit pas dépendre de la preuve d'une absence non fautive*¹⁴⁹. Dans l'hypothèse où l'accusé aurait connaissance de la procédure et ferait néanmoins défaut, il y aurait violation de l'article 6 CEDH, si on exigeait de lui la preuve des circonstances qui l'ont empêché de comparaître devant le tribunal¹⁵⁰. En revanche, dans ce cas, les frais de la procédure par défaut peuvent être mis à la charge du prévenu et cela même s'il est acquitté dans le nouveau procès. Si l'on voulait exclure le relevé du défaut en cas de non-comparution fautive, il faudrait fixer des conditions beaucoup plus restrictives pour un jugement in absentia.

La requête en relevé du défaut n'a d'autre part d'effet suspensif que si le président du tribunal compétent l'ordonne.

Si une requête en relevé du défaut est déposée, de *nouveaux débats* doivent être ouverts. Le tribunal compétent est celui qui a prononcé le jugement par défaut; selon la jurisprudence actuelle, le juge n'est alors pas considéré comme partial du seul fait qu'il s'est déjà penché sur le cas.

Un nouveau défaut inexcusé à l'audience à laquelle il est statué sur la demande de relief ou à celle des nouveaux débats vaut retrait de la requête en relevé du défaut. La citation doit le préciser.

Si cela est nécessaire, le dossier doit être renvoyé aux autorités d'instruction pour compléter l'information.

5.253 La procédure de l'ordonnance pénale

5.253.1 Principes

L'ordonnance pénale (ordonnance de condamnation, mandat de répression) est la forme simplifiée des poursuites la plus efficace¹⁵¹.

Dans la phase préliminaire de la procédure, une ordonnance pénale doit pouvoir être rendue, lorsque, sur la base des faits élucidés, un acte punissable peut être considéré comme établi et qu'*entrent en ligne de compte comme peine la plus*

¹⁴⁹ Cf. e.a. HAUSER/SCHWERI. p.383.

¹⁵⁰ ATF 113 Ia 225 ss.

¹⁵¹ Cf. DUBS, Strafbefehl, Möglichkeiten und Grenzen eines vereinfachten Strafverfahrens, in: Strafrecht und Öffentlichkeit, Festschrift für Jörg Rehberg, Zurich 1996, p.139 ss.; DONATSCH, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, RPS 1994, p. 317 ss., 319.

grave une amende ou une peine privative de liberté ne dépassant pas six mois, assortie éventuellement d'une amende. Le *juge d'instruction* est l'autorité compétente pour décerner l'ordonnance pénale (voir supra chap. 5.22, ch. 5.223); sont réservés les cas relevant du droit pénal administratif où l'autorité administrative est compétente pour prononcer l'amende.

Un aveu formel et préalable ne constitue pas une condition pour cette procédure. L'accord de la personne intéressée à la proposition de jugement, respectivement sa renonciation à la procédure ordinaire, s'exprime par l'absence d'opposition. Il reste à apprécier si, pour les peines privatives de liberté, l'interrogatoire personnel de l'intéressé avant que ne soit rendue l'ordonnance pénale doit être impérativement prescrit.

Aux conditions énoncées ci-dessus, l'exécution de peines entrées en force (soit la révocation du sursis accordé par un jugement précédent) et la conversion d'amendes en arrêts peuvent également être ordonnées par une ordonnance pénale. Les mesures selon les articles 58 à 61 CPS, ainsi que les peines accessoires et les mesures ambulatoires peuvent aussi faire l'objet d'une ordonnance pénale.

Pour des motifs d'économie de la procédure, une ordonnance pénale doit pouvoir être décernée indépendamment de prétentions civiles. En ce qui concerne celles-ci, les cantons peuvent déjà, selon l'article 9, alinéa 4, LAVI, édicter des dispositions différentes pour la procédure de l'ordonnance pénale, soit prévoir que, même dans ce cas, des prétentions civiles ne peuvent pas faire obstacle au prononcé d'une ordonnance pénale. Il faut toutefois réserver que les prétentions civiles non contestées peuvent également être constatées dans le cadre d'une ordonnance pénale.

5.253.2 Contenu de l'ordonnance pénale

L'ordonnance pénale doit contenir:

- l'identité du prévenu,
- les faits qui sont retenus à sa charge,
- les dispositions pénales appliquées,
- la déclaration de culpabilité, la sanction infligée, ainsi que la décision sur les points accessoires (mesures ambulatoires, ainsi que mesures selon les articles 57 à 61 CPS; frais et dépens),
- l'indication du droit d'opposition et des conditions de l'entrée en force de l'ordonnance,

- une brève motivation, dans la mesure où elle est indispensable pour la compréhension de l'ordonnance (p.ex. sur la raison du refus du sursis),
- la date et la signature de l'autorité qui a rendu la décision,
- les personnes et services administratifs auxquels l'ordonnance pénale est communiquée.

5.253.3 Voies de droit et effets

Les parties à la procédure ont le droit, dans un certain délai à compter de la communication de l'ordonnance par l'autorité qui l'a décernée, de faire *opposition* par écrit ou verbalement.

S'il est fait usage du droit d'opposition, la procédure doit être poursuivie en la forme ordinaire. Si les investigations nécessaires ont déjà été effectuées, l'ordonnance pénale vaut ordonnance de renvoi.

L'opposition peut être retirée jusqu'à clôture de l'administration des preuves aux débats.

L'ordonnance pénale déploie les *effets d'un jugement exécutoire*, s'il n'est pas fait opposition en temps utile ou si l'opposition est retirée. La renonciation de l'intéressé aux garanties de la procédure ordinaire ne heurte pas la CEDH.

5.254 Procédure en cas de décisions judiciaires ultérieures

Là où le droit fédéral déclare le *juge* compétent pour prendre des décisions judiciaires ultérieures – exécution de peines entrées en force (révocation du sursis), conversion d'amendes en arrêts, modification ou levée de mesures, réhabilitation d'un condamné – cette compétence est exercée, sous réserve de dispositions contraires, par le tribunal qui a prononcé le jugement entré en force¹⁵². Si le cas est liquidé par une ordonnance pénale, ce sont les règles de la procédure de l'ordonnance pénale qui s'appliquent.

Les autorités d'exécution et le ministère public doivent être habilités à intervenir dans de tels cas.

Le tribunal compétent doit procéder aux actes d'enquête utiles et donner à l'intéressé l'occasion de s'exprimer. Le tribunal doit en principe rendre sa

¹⁵² Il existe en matière de révocation du sursis des règles différentes, en ce sens que le tribunal compétent n'est pas celui qui a prononcé le jugement en question, mais celui qui connaît des nouvelles infractions (art. 41, ch 3, CPS).

décision sur la base du dossier et la communiquer par écrit au condamné et au ministère public avec une brève motivation et l'indication des voies de recours.

Lors de la révocation d'un sursis accordé sur la base de l'article 41, chiffre 3, alinéa 3, 1^{ère} phrase, CPS, la procédure doit être conduite parallèlement à la cause principale.

5.26 Les voies de recours

Le code unifié devrait prévoir l'appel (contre les jugements) et le recours (contre les décisions) comme voies de droit ordinaires. La revision est la voie de droit extraordinaire.

5.261 L'organisation actuelle des voies de recours en Suisse

■ **Les solutions cantonales**¹⁵³

Les législations cantonales présentent une très grande variété de solutions, de telle sorte qu'il est difficile d'opérer une classification selon les systèmes adoptés. On peut toutefois dégager les *tendances* suivantes : de nombreux cantons connaissent aussi bien l'appel que le pourvoi en nullité (tel est le cas des cantons de Bâle-Ville, du Jura, de Lucerne, de Saint-Gall et de Zurich); quelques cantons excluent la voie de l'appel (tel est le cas des cantons de Fribourg [ancien code], du Tessin, de Neuchâtel et du canton de Vaud) ou celle du pourvoi en nullité (tel est le cas des cantons d'Appenzell-Rhodes intérieures et extérieures, d'Argovie, de Bâle-Campagne, de Berne, de Nidwald, des Grisons, de Thurgovie, d'Uri et du Valais); certains cantons excluent l'appel pour la faible criminalité (tel est le cas de Schwytz); d'autres cantons excluent l'appel pour les contraventions et la forte criminalité (tel est le cas dans le Jura et à Zurich).

■ **Le cas de l'appel en la forme ordinaire et restreinte**

Deux cantons (Berne et Fribourg), à l'occasion de la révision totale de leur code de procédure pénale¹⁵⁴, ont opté pour une nouvelle forme d'appel, soit un appel ordinaire avec effet dévolutif complet pour la forte et la moyenne criminalité et un appel avec pouvoir d'examen limité à la violation du droit matériel ou de procédure pour les contraventions ou certaines d'entre elles¹⁵⁵.

¹⁵³ Pour une vision complète des solutions cantonales, voir HAUSER/SCHWERI, p. 410 ss et 422 ss.

¹⁵⁴ Le Code de procédure pénale du canton de Berne, adopté le 15 mars 1995, est entré en vigueur le 1er janvier 1997. Le code de procédure pénale du canton de Fribourg, adopté par le Grand Conseil le 14 novembre 1996, n'est pas encore entré en vigueur.

¹⁵⁵ A Berne, l'article 334 al. 3 CPP énonce que "Lorsque seules des contraventions font l'objet de la procédure et que la personne inculpée n'a pas été condamnée à une peine privative de liberté, l'appel ne peut qu'invoquer le fait que le jugement attaqué viole une disposition de droit matériel ou procédural contenue dans la législation fédérale ou

■ *La revision*

Tous les cantons connaissent la voie de la revision en faveur du condamné, imposée par l'article 397 du code pénal.

A l'exception du canton de Genève (art. 314, al. 2, et 357 CPP), qui exclut la revision au préjudice du condamné, les procédures cantonales prévoient, selon des modalités différentes, la possibilité de réviser les décisions répressives au préjudice des prévenus qui ont bénéficié d'un acquittement ou qui ont été insuffisamment condamnés¹⁵⁶.

5.262 Propositions de la Commission

5.262.1 Les voies de recours au plan cantonal

■ *Le recours*

Notion

Le recours (Rekurs) est une voie de droit ordinaire permettant d'attaquer auprès de l'autorité judiciaire supérieure les décisions prises par les autorités judiciaires (autorité de poursuite, d'instruction, de renvoi et de jugement) au cours du procès, ainsi que les mesures de contrainte prises par la police.

Le recours n'a d'effet suspensif que lorsque le président de l'autorité supérieure l'ordonne.

Etant subsidiaire par rapport à l'appel, il n'est pas recevable tant que la voie de l'appel est ouverte.

cantonale, ou se fonde sur une appréciation du dossier ou des preuves manifestement erronée".

A Fribourg, l'article 212 est libellé comme suit :

"L'appel peut être interjeté pour tout vice de la procédure ou du jugement.

Toutefois, l'appel dirigé contre un jugement prononçant une amende inférieure à Fr 3'000.- et/ou une peine privative de liberté de moins de 10 jours contre un jugement du tribunal pénal économique ne peut être interjetée que :

- a) pour violation du droit matériel;
- b) pour violation, au cours des débats, d'une règle essentielle de procédure;
- c) pour motivation insuffisante ou arbitraire de constations de fait importantes.

Les restrictions de l'alinéa précédent sont applicables à l'appel du condamné par défaut dont la requête de relief a été rejetée, lorsqu'il a été la peine prononcée".

¹⁵⁶ Sur cette forme de revision, voir HAUSER/SCHWERI, op. cit., 3e éd., nos 51 ss ad § 102 et PIQUEREZ, nos 2505 ss.

Sont légitimés à interjeter un recours :

- le prévenu;
- la partie plaignante;
- le ministère public.

Décisions susceptibles de recours

Sont susceptibles de faire l'objet d'un recours les décisions de nature procédurale du ministère public, de l'autorité d'instruction, des tribunaux de première instance et des présidents des juridictions de jugement, ainsi que les mesures de contrainte prises par la police¹⁵⁷.

Le recours n'est pas recevable contre les décisions qui sont susceptibles d'être examinées une nouvelle fois au stade du jugement.

Procédure

La procédure est écrite et le recours doit être déposé dans un délai de 10 jours dès la notification de la décision.

Options de la Commission

Le recours doit être ouvert contre les décisions du juge, notamment

- contre un refus de suivre ou une décision de classement;
- contre les mesures de contrainte;
- dans d'autres cas prévus par la loi (p.ex. en matière de défense d'office et d'assistance judiciaire gratuite).

Le recours doit également être prévu contre les mesures de contrainte ordonnées par la police.

■ L'appel

Notion

L'appel est une voie de recours ordinaire, sans limitation de motifs, qui permet de déférer, en vue de sa réforme, un jugement à une juridiction supérieure qui peut réexaminer la cause tant en fait qu'en droit et substituer son arrêt à celui de première instance.

¹⁵⁷ Pour une liste exemplative du genre et de la nature des décisions susceptibles d'être attaquées par la voie du recours, voir HAUSER/SCHWERI, nos 5 ss ad par. 100, ainsi que AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Berne 1997, nos 1700 ss.

Sont légitimés à interjeter appel :

- le prévenu;
- la partie plaignante;
- le ministère public.

A l'inverse de la voie de cassation, celle de l'appel est admise sans limitation des motifs. La juridiction du second degré peut revoir *librement*, dans les limites de la déclaration d'appel, aussi bien les questions de fait que de droit.

L'appel déploie un *effet suspensif* automatique et un *effet dévolutif* complet.

L'appel-joint

L'appel-joint, tant du ministère public que du prévenu, est recevable et déploie un effet dévolutif complet, car il n'est pas lié à l'étendue de l'appel principal. Il permet ainsi d'écarter la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus*.

Décisions susceptibles d'appel

Sont susceptibles d'être l'objet d'un appel les décisions finales sur le fond ou les jugements sur des questions préjudicielles ou incidentes qui mettent fin à l'instance, rendus par les tribunaux de première instance.

Procédure

En principe, la procédure est orale mais l'autorité supérieure peut ordonner une procédure écrite, s'agissant notamment des questions de recevabilité, de frais et d'indemnités, etc.

La déclaration d'appel doit être formée dans les dix jours.

Même si la règle de l'oralité et de l'immédiateté est réduite devant l'instance supérieure, les parties ont le droit de demander que la preuve soit complétée.

Options de la Commission

L'appel doit être introduit comme moyen ordinaire de recours contre les *jugements*, en matière de crimes et de délits notamment. Il convient de renoncer, dans le cadre de la procédure d'appel, à une répétition complète de l'administration des preuves à laquelle il a été procédé en première instance.

Pour la *criminalité légère*, principalement en matière de contravention, le pouvoir de cognition de l'instance de recours doit être limité à la violation du droit matériel et du droit de procédure, ainsi qu'à la constatation des faits et à l'appréciation des preuves manifestement erronées.

■ *La revision*

Notion

La revision est une voie de droit extraordinaire, dirigée contre une décision de condamnation ou d'acquittement, revêtue de l'autorité de la chose jugée et entachée d'une erreur de fait.

Etant une voie de recours extraordinaire, le dépôt d'une demande de revision ne suspend l'exécution du jugement attaqué que si l'autorité supérieure le décide.

La revision peut être demandée soit par le condamné s'il est vivant, soit par ses proches ou ses héritiers légaux s'il est décédé, également par ses héritiers institués, pour la question civile; par la partie civile pour la question civile; par le ministère public, qui peut agir en faveur du condamné comme au préjudice du prévenu acquitté.

Décisions susceptibles de revision et motifs de revision

La demande en revision est ouverte contre les décisions répressives ayant acquis force de chose jugée (jugements et ordonnances pénales), rendues tant par les tribunaux que par les autorités administratives au sens de l'article 345, chiffre 1, alinéa 2, CPS.

La revision est permise aussi bien en ce qui concerne la question de la culpabilité que la question civile, mais pas celle des frais ou de l'indemnité.

La revision n'est pas possible contre les décisions pour lesquelles une autre voie de recours ou un autre moyen de droit permettant de les modifier est encore ouvert.

La revision peut être demandée lorsque

- des faits ou moyens de preuve inconnus de l'autorité de répression sont découverts et que, seuls ou avec les faits antérieurement acquis, ils sont de nature à motiver l'acquittement, une condamnation sensiblement moins sévère de la personne condamnée ou une condamnation d'une personne acquittée, ou encore une autre solution de la question civile;
- le résultat de la procédure pénale a été influencé par un acte punissable, constaté par un jugement pénal;
- un jugement rendu postérieurement est en contradiction manifeste avec le premier;
- la Cour européenne des droits de l'homme a admis le bien-fondé d'une requête individuelle pour violation de la Convention des droits de l'homme ou de ses protocoles et une réparation ne peut être obtenue que par la voie de la revision.

La revision au préjudice du prévenu acquitté n'est possible que si celui-ci est en vie et pour autant que la prescription de l'action pénale ne soit pas intervenue.

Procédure

La procédure de revision est écrite. L'autorité supérieure peut toutefois ordonner des débats oraux.

5.262.2 Les voies de recours au plan fédéral

La nouvelle loi fédérale sur le Tribunal fédéral, dont le projet est actuellement soumis à une procédure de consultation, doit régir de manière exclusive les recours qui peuvent être intentés au Tribunal fédéral. Cela concerne tant les contestations des décisions cantonales de dernière instance que les contestations des décisions d'un futur Tribunal pénal fédéral (indépendant).

Le code de procédure pénale unifié régira l'instruction et le jugement de première instance des délits qui tombent sous la *juridiction fédérale*. Dans la mesure où ces procédures ne sont pas menées par le Tribunal pénal fédéral mais par des autorités telles que le juge d'instruction ou la police, il convient d'introduire - comme dans les cantons - la possibilité d'interjeter un recours (voir supra ch. 5.262.1).

5.27 Frais et indemnités

La condamnation du prévenu aux frais en cas de non-lieu et d'acquittement doit rester l'exception et ne peut intervenir qu'en vertu de considérations absolument étrangères à une appréciation de sa culpabilité. Par ailleurs, il convient d'instituer un véritable droit à réparation des personnes poursuivies ou condamnées à tort.

5.271 Les frais de justice

5.271.1 Généralités

On distingue entre les frais généraux de justice et les frais spéciaux du procès.

Les frais généraux sont ceux nécessités par le fonctionnement de la justice pénale indépendamment de tout procès; il s'agit notamment des traitements des magistrats, du personnel judiciaire et de la police, ainsi que de l'entretien des bâtiments et des locaux.

Les frais spéciaux sont ceux engagés à l'occasion d'un procès déterminé. Ils comprennent d'une part les frais de justice au sens restreint, soit les dépenses engagées par les autorités répressives pour parvenir à la manifestation de la vérité; il s'agit notamment des frais de citations, d'indemnisation des témoins, des interprètes et des experts, de transfert des détenus, de détention préventive, de communications postales et téléphoniques. Les frais spéciaux comprennent, d'autre part, les frais de défense engagés par le prévenu, le plaignant ou la partie civile pour assurer leur défense ou leur représentation devant les tribunaux répressifs.

Seuls les débours relatifs aux opérations effectuées pour les besoins de l'enquête doivent être compris dans les frais de justice.

On n'abordera ici que les questions les plus importantes.

5.271.2 Les principes de la répartition des frais et des indemnités

En procédure pénale, tout comme en procédure civile, les frais de justice sont généralement supportés par la partie qui succombe et ce n'est

qu'exceptionnellement, notamment en cas de comportement fautif de celui qui a gagné le procès, que le juge peut répartir les frais différemment.

Ainsi lorsque le prévenu est condamné, les frais de l'Etat, ainsi que ceux de la partie plaignante, sont mis à sa charge; s'il est acquitté ou mis au bénéfice d'un non-lieu, les frais sont laissés à la charge de l'Etat quelles que soient les causes de l'acquittement ou du non-lieu.

Lorsque, par un comportement fautif, le plaignant, le dénonciateur ou la partie civile a provoqué les poursuites pénales, tout ou partie des frais peuvent être mis à leur charge¹⁵⁸.

Dans le domaine des délits sur plainte, le plaignant qui succombe supporte généralement les frais, ainsi qu'en cas de retrait de plainte.

De nombreux codes de procédure pénale¹⁵⁹ prévoient une saisie à titre de garantie opérée sur les biens du prévenu, notamment pour couvrir les frais auxquels le prévenu pourrait être condamné, mais aussi pour garantir le paiement d'une amende éventuelle, voire d'une indemnité découlant d'une prétention civile qui pourrait être adjugée.

Toutes ces règles peuvent être reprises dans le code de procédure pénale unifié.

5.271.3 La condamnation du prévenu aux frais en cas de non-lieu et d'acquittement

Lorsque le prévenu acquitté ou mis au bénéfice d'un non-lieu a eu un comportement procédural gravement fautif en relation de causalité avec l'ouverture des poursuites et l'inculpation, tout ou partie des frais peuvent être mis à sa charge à condition que la solution contraire soit manifestement choquante pour le sens commun.

La Commission est d'avis qu'une condamnation aux frais du prévenu ne peut toutefois intervenir qu'en vertu de considérations absolument étrangères à une appréciation de sa culpabilité et qu'elle doit rester l'exception. Elle ne saurait constituer une sanction subsidiaire à caractère pénal.

Il n'est dès lors pas contraire à la règle de la présomption d'innocence de condamner aux frais le prévenu qui, par un comportement répréhensible, a provoqué lui-même l'ouverture des poursuites ou a compliqué le déroulement de l'action pénale. Encore faut-il qu'il ait clairement violé une norme de comportement résultant de l'ordre juridique suisse¹⁶⁰. Une condamnation aux frais ne peut se fonder sur un comportement uniquement immoral.

¹⁵⁸ ATF 96 I 531 ; 84 I 13.

¹⁵⁹ AG, AR, AI, BL, BS, LU, NW, SG, SZ, TG, UR, ZH.

¹⁶⁰ ATF 116 Ia 162

Par ailleurs, la présomption d'innocence ne s'oppose pas à ce qu'un irresponsable soit condamné aux frais de justice pour le motif qu'il les a causés objectivement, pour autant qu'une base légale le prévoit expressément et que l'équité l'exige¹⁶¹. La Commission estime qu'il ne s'impose pas absolument de prévoir une telle base légale.

5.271.4 La renonciation aux frais

Certains codes de procédure cantonaux¹⁶² prévoient la possibilité de renoncer à faire supporter les frais au prévenu, lorsque sa situation financière est obérée ou difficile. La Commission estime qu'il serait opportun de réserver une telle possibilité dans un code de procédure pénale fédéral.

5.272 L'indemnisation des personnes poursuivies ou condamnées à tort

5.272.1 Généralités

Lorsqu'une personne a fait l'objet de poursuites injustifiées qui ont abouti à un non-lieu ou à un acquittement, elle a en principe droit à être indemnisée du dommage subi. Par ailleurs, lorsqu'une décision de condamnation a été mise à néant à la suite d'une procédure de révision, l'Etat peut être tenu de réparer l'erreur judiciaire dont un innocent a été victime.

On n'abordera pas ici la responsabilité de l'Etat pour le cas de poursuite ou de condamnation illégale, qui ne relève pas du droit de procédure pénale, mais plutôt du droit administratif et de celui de la responsabilité civile.

5.272.2 L'indemnisation des personnes poursuivies à tort

L'ouverture d'une poursuite pénale et particulièrement l'incarcération d'un prévenu peuvent avoir des conséquences financières, qui doivent être considérées comme un préjudice lorsque l'affaire se termine par un non-lieu ou un acquittement.

¹⁶¹ 113 Ia 76

¹⁶² AG, SG, ZH.

Pratiquement, toutes nos législations cantonales et fédérales prévoient la réparation du préjudice subi par le prévenu injustement poursuivi ou détenu.

Quant à la Convention européenne des droits de l'homme (art. 5, ch.5), elle ne prescrit la réparation du préjudice subi par le prévenu que s'il a été arrêté ou incarcéré dans des conditions contraires à la Convention elle-même.

■ **Au plan cantonal**

Toutes les législations cantonales contiennent des dispositions sur l'indemnisation des personnes mises au bénéfice d'un non-lieu ou d'un acquittement.

Dans certains cantons, le prévenu poursuivi à tort possède un véritable droit à réparation; c'est là la conception la plus moderne qui tend à se généraliser et que partage la Commission. Dans d'autres cantons, plus traditionnalistes, l'Etat reste maître de décider de l'opportunité et de l'étendue du secours gracieux, fondé sur l'équité, à allouer dans chaque cas particulier. Genève a adopté un système mixte : ni secours gracieux, ni pleine indemnité, laquelle doit intervenir dans le cadre de l'action civile réservée.

Le devoir d'indemnisation à raison d'une poursuite pénale relève de la *responsabilité causale*. Il ne saurait dès lors dépendre de la constatation préalable du fait que les autorités judiciaires ou la police ont agi de façon illicite.

■ **Au plan fédéral**

La procédure pénale fédérale (art. 122, al.1, PPF), tout comme le droit pénal administratif (art. 99, al.1, DPA), posent le principe de l'indemnisation sur demande du prévenu mis au bénéfice d'un non-lieu ou d'un acquittement, la réparation étant toutefois limitée au préjudice causé par la détention préventive ou par d'autres actes d'instruction (p.ex. saisies ou perquisitions), ainsi qu'aux dépens.

■ **Etendue de la réparation**

Aujourd'hui, c'est le droit cantonal qui détermine les conditions et les critères de la réparation du préjudice. Toutefois, même si elle statue en équité, l'autorité compétente doit se fonder sur des critères objectifs. L'ampleur du dommage est fonction de la durée de la procédure et de la détention, de la publicité donnée à l'affaire, de la nature des charges, du statut social et familial du prévenu.

La réparation comprend au moins la prise en charge des frais de défense. En outre, lorsque le prévenu injustement poursuivi souffre d'un préjudice spécial et grave, il a droit à la réparation de son dommage matériel et moral.

L'indemnité peut être refusée ou réduite, si le prévenu a provoqué son inculpation ou sa détention par un comportement fautif ou s'il a entravé les opérations de l'enquête. Les critères dégagés par la jurisprudence pour la mise des frais judiciaires à la charge du prévenu acquitté s'appliquent par analogie pour ce qui est des conséquences attachées au comportement du prévenu au cours de l'enquête. Toutefois, le silence du prévenu pendant l'enquête ne saurait justifier une réduction de l'indemnité, du moment que le droit de se taire lui est reconnu.

Lorsqu'une indemnité est octroyée, l'Etat possède généralement une action récursoire contre le tiers responsable du préjudice.

5.272.3 L'indemnisation des personnes condamnées à tort

■ *Principe de la réparation des erreurs judiciaires*

L'erreur judiciaire qui a entraîné la revision d'une décision de condamnation donne un droit à réparation à celui qui en a été victime.

L'article 3 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme consacre le principe de l'indemnisation de la personne victime d'une erreur judiciaire à la triple condition que la condamnation pénale soit définitive, que la personne poursuivie ait subi une peine et que la condamnation soit annulée.

■ *Modalités et étendues de la réparation*

En cas d'acquiescement, l'intéressé est réintégré dans tous ses droits : les amendes et les frais payés lui sont restitués. Le prévenu libéré a droit au remboursement de ses frais de défense dans les procédures de condamnation, de revision et d'acquiescement. Il peut réclamer à l'Etat la réparation du préjudice matériel que l'erreur judiciaire lui a causé, sauf comportement fautif et causal de sa condamnation initiale. Les critères d'indemnisation sont les mêmes que pour les personnes injustement poursuivies.

5.28 Force de chose jugée et exécution ¹⁶³

Le code fédéral de procédure pénale doit régler les aspects les plus importants de la force de chose jugée et de l'exécution des jugements.

5.281 Force de chose jugée

5.281.1 Entrée en force de chose jugée

Les jugements et les autres décisions judiciaires finales de première instance (par exemple les décisions judiciaires ultérieures) susceptibles de recours passent en force lorsque les parties ont renoncé à recourir, que le délai de recours est expiré sans avoir été utilisé ou qu'il y a eu retrait du recours ou perte du droit de recourir. L'entrée en force doit remonter dans ces cas au *jour du prononcé*.

Les décisions de l'autorité cantonale supérieure (de seconde instance) entrent en force *avec le prononcé de la décision*.

Les décisions de non-lieu du juge d'instruction n'acquièrent pas *pleinement autorité de chose jugée*. Il doit être possible de revenir sur ces décisions lorsque des faits ou des moyens de preuve nouveaux donnent à penser qu'une infraction a été commise ou en cas de nouveaux soupçons importants¹⁶⁴.

Sur l'entrée en force des *ordonnances pénales*, cf. ci-dessus chiffre 5.25 (Procédures spéciales).

5.281.2 Constatation et communication

L'autorité qui a rendu le jugement constate l'entrée en force du jugement par une mention dans le dossier.

La force de chose jugée doit être communiquée d'office aux parties lorsqu'on leur a donné auparavant connaissance du dépôt d'un recours. Les autorités qui

¹⁶³ Traduit de l'allemand.

¹⁶⁴ HAUSER/SCHWERI, p. 337.

gèrent le casier judiciaire doivent être informées. Le dispositif de la décision doit être communiqué sans délai aux autorités cantonales d'exécution.

5.282 Exécution

5.282.1 Compétence de principe des cantons

Sous réserve des prescriptions de droit fédéral, le *droit de l'exécution* des peines et des mesures de sûretés reste en règle générale dans la compétence des cantons. Il leur incombe de *désigner les autorités d'exécution*. Le droit cantonal règle aussi en principe les recours contre les décisions dans le domaine du droit de l'exécution.

Le code de procédure pénale unifié doit en revanche traiter les domaines suivants:

5.282.2 Commencement de l'exécution en cas de sanctions entraînant une privation de liberté

Les mesures de sûreté et les peines privatives de liberté doivent être exécutées *immédiatement* s'il existe un risque de fuite, une grave mise en danger du public ou de défaut de réalisation du but de la mesure; il en va de même si le condamné exige l'exécution immédiate.

Dans les autres cas, l'autorité d'exécution adresse au condamné une citation pour commencer l'exécution de la peine. A la requête du condamné et s'il fait valoir des intérêts légitimes, le commencement de l'exécution doit être reporté; il en va de même par analogie pour les mesures de sûreté.

5.282.3 Paiement des amendes et des frais judiciaires

L'autorité cantonale compétente doit pouvoir décider du délai de paiement, des acomptes et du recouvrement des amendes et des frais judiciaires et autoriser le rachat des amendes par une prestation en travail (cf. la réglementation actuelle à l'art. 49, ch. 1, al. 2, CPS). Le cas échéant, elle sera obligée d'ouvrir une procédure pour convertir les amendes impayées en arrêts (art. 49, ch. 3, CPS).

Pour le surplus, l'autorité doit s'occuper de l'encaissement des sûretés échues et, lorsque les conditions sont réunies, du remboursement des prestations financières accordées (par exemple l'assistance judiciaire gratuite lorsque le bénéficiaire retrouve l'aisance).

En application des principes du droit des obligations, les frais judiciaires doivent se prescrire par dix ans et porter intérêt.

Les services désignés par le canton doivent pouvoir remettre, en tout ou en partie, les frais de procédure lorsqu'il en résulte une charge excessive pour le débiteur. Cette libération doit intervenir sous réserve d'une réclamation postérieure au cas où le paiement pourrait être exigé ultérieurement.

5.282.4 Autres modalités d'exécution

L'exécution d'autres prononcés et la notification d'avis officiels doivent être confiés à l'autorité désignée comme compétente par le canton, à savoir notamment:

- la confiscation selon les articles 58 ss CPS,
- l'expulsion de la personne condamnée en vertu de l'article 55 CPS,
- la publication, dans l'organe de publication officielle, de l'interdiction d'exercer une profession, une industrie ou un commerce (art. 54 CPS) et de l'interdiction des débits de boisson (art. 56 CPS),
- la communication à l'autorité compétente de l'incapacité d'exercer une charge ou une fonction.

5.282.5 Prise en charge des frais pour l'exécution des sanctions entraînant une privation de liberté

La révision de la partie générale du code pénal règle ce problème; il ne sera donc pas traité ici.

5.282.6 Grâce

Il convient de renoncer à régler globalement le droit de grâce pour toute la Suisse.

5.3 Dispositions finales ¹⁶⁵

Les questions particulières du passage du droit cantonal au droit fédéral doivent être régies par le code de procédure pénale unifié.

■ ***Modification des actes législatifs fédéraux***

Les actes législatifs fédéraux qui sont abrogés par le code de procédure pénale fédéral ou qui doivent être adaptés à la suite de son instauration doivent figurer dans les dispositions finales.

■ ***Fixation de la date de l'entrée en vigueur***

La compétence pour fixer la date de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale fédéral doit être déléguée au Conseil fédéral, lequel tiendra compte du fait que les cantons doivent examiner et adapter leur organisation judiciaire, ce qui peut demander un certain temps.

■ ***Dispositions transitoires***

En principe , les causes dans lesquelles un recours est interjeté sont régies par le droit ancien. Est réservé le renvoi à une instance inférieure pour nouveau jugement. Les causes qui sont au stade des débats sont régies, pour l'instance concernée, selon l'ancien droit. Les procédures pénales qui sont au stade de l'instruction seront continuées conformément aux dispositions du nouveau code de procédure.

¹⁶⁵ Traduit de l'allemand.

Index alphabétique ¹⁶⁶

A

Abus de droit 86
Actes de procédure 98, 102
Action civile 148
Administration des preuves 108
Administration des preuves 144
Agent infiltré 129
Agents infiltrés 67
Amende, paiement 171
Amendes d'ordre 74
Analyse génétique 128
Anonymat 67
Appel 161
Appréciation des preuves 108
Appréhension 111
Assistance des parties 88
Audition des enfants 105
Audition des témoins 105
Audition des victimes 105
Audition par la police 130
Autorités administratives 78

B

Bonne foi 86

C

Célérité 84
Champ d'application 73
Citation 110
Classement 133
Clôture de l'instruction 137
Commission d'experts 17
Commission rogatoire 131
Communication du jugement 146
Compétence territoriale 79
Conditions de lieu 102
Conséquences 19
Conséquences 43
Contacts du détenu avec l'extérieur 115
Contrôle de l'arrestation 115

D

Débats 140
– direction 141
Décisions judiciaires 98

Déclarations formatrices 101
Défaut 153
Défense du prévenu
– d'office 91
– facultative 90
– obligatoire 90.
Délais 102
Délibérations 146
Dénonciation 126
Détention préventive 113
– motifs 113
– mesures de substitution 113
Dignité humaine 83
Discrétion 85
Dispense de témoigner 103
Dispositif du jugement 146
Dispositions finales 173
Documents écrits 117
Droit de refuser de témoigner 66
Droit d'être entendu 86
Droits des parties 93
Droits du prévenu 96

E

Egalité des armes 96
Enquête de police 125
Entraide judiciaire 79
– nationale 80
– internationale 81
Examen corporel 119
Exécution 170
Expertise psychiatrique 119
Experts 107
Extension de la procédure 145

F

For de la poursuite 79
Force de chose jugée 170
Fouille 118
Frais 165

G

Garde à vue 111
Grâce 172

I

Immédiateté limitée 144

¹⁶⁶ Les numéros de page en *italique* renvoient aux passages principaux.

Immunity 58
Immutabilité 86
In dubio pro reo 85
Indemnité 165
Indisponibilité 86
Infractions au droit cantonal 75
Inspection locale 107
Instruction 133
Interprète 99
Interrogatoire du prévenu 136
– de première comparution 136
Intervenants 88

J
Juge de la détention 114
Juge d'instruction 77

L
Langue officielle 99
LAVI 68

M
Maintien de la détention 114
Mandat d'amener 110
Maxime de l'instruction 84
Mesures de contrainte 109
Mesures de surveillance 119
Mesures d'identification 127
Ministère public 77
Ministère public 89
Modèle 31
– choix 36
- juge d'instruction 31
- ministère public 32
Moyens de preuve 103

N
Ne bis in idem 84
Non-lieu définitif 138
Non-lieu provisoire 138
Notification 99

O
Objectivité 83
Ordonnance pénale 138
Ordonnance pénale 155
Organisation judiciaire 19, 38
Ouverture de l'action publique 134

P
Partie civile 150
Partie plaignante 89
Parties 88
Perquisition 118
Personnes entendues à titre de renseignements 106
Plaidoiries 145
Plainte pénale 126
Plea bargaining 52
Police 123
Police 76
Police de l'audience 100
Postes et télécommunications 120
Pouvoir disciplinaire 100
Présomption d'innocence 85
Prévenu 89
Principe d'accusation 86
Principe de la légalité 47, 83
Principe de l'opportunité 47
Prises de son et d'images 142
Procédés interdits 84
Procédure d'amendes d'ordre 74
Procédure par défaut 153
Procédure pénale administrative 74
Procédure pénale militaire 73
Procédure pénale pour mineurs 74
Procédure pénale privée 153
Procédures spéciales 152
Procès-verbal 100
Protection de la personnalité 95
Protection des données 86
Protection des témoins 104
Protection des témoins 64
Publicité 142
Publicité 84

Q
Qualification juridique
– modification 145

R
Recours 160
Recours en matière d'arrestation 115
Relevé du défaut 154
Renvoi en jugement 138
Requêtes 101
Réquisitoire 145
Revision 160, 163

S
Séquestre 116

Surveillance des comptes
bancaires 117
Surveillance policière 129
Suspension 133

T

Témoin "de la Couronne" 56
Témoins 103
Traduction 99

V

Vérité matérielle 84
Voies de recours 159