

FEDERATION SUISSE DES AVOCATS

PRISE DE POSITION SUR L'AVANT-PROJET **D'UN CODE DE PROCEDURE PENALE SUISSE**

1. LA TECHNIQUE LEGISLATIVE

- 1.1 L'ampleur du projet, qui comprend 514 articles et n'inclut pas encore les voies de droit fédérales, ne manquera pas de surprendre certains. La FSA n'a toutefois pas de critique à formuler à cet égard et rappelle d'ailleurs que les codes de pays voisins (France, Italie) sont encore nettement plus longs. Les problèmes que pose la structure fédéraliste de la Suisse ne peuvent être résolus sans une réglementation détaillée, qui représente une part non négligeable de l'avant-projet. La recherche de la concision peut d'ailleurs n'être qu'une illusion dangereuse, le législateur abandonnant à la jurisprudence, qui met des décennies à se former, les questions qu'il omet de régler. Des règles précises et donc détaillées sont nécessaires pour parvenir à une véritable unification, qui ne se limite pas aux principes, et pour fixer les modalités de l'action étatique et assurer la protection des libertés publiques.

La systématique du projet n'appelle pas de remarques particulières et la consultation du texte apparaît relativement aisée. La Fédération considère qu'en l'état, la version française ne constitue qu'un document d'appui – pas toujours fiable – pour la compréhension du texte allemand. Lors de la rédaction du projet définitif, un effort devrait être entrepris pour que le génie propre tant de la langue allemande que de la langue française soit respecté; une version italienne devrait également être établie.

1.2 Alors que de multiples points techniques sont réglés de manière claire, précise et détaillée, on regrette que les réponses données aux questions les plus graves et les plus difficiles soient très souvent formulées par le recours à des notions juridiques indéterminées. On se bornera à citer quelques exemples de cette méthode :

- Le droit de consulter le dossier, qui est l'élément fondamental de toute défense, est renvoyé "*après ... l'administration des preuves principales par le ministère public*" (art. 111 al. 1^{er} AP); selon l'interprétation donnée de la disposition, l'exercice de ce droit pourra n'être concédé que tardivement; la seule sanction – indirecte – du retard est l'éventuelle obligation de réadministrer certains moyens de preuve (Rapport p. 81).
- Des restrictions du droit d'être entendu peuvent être ordonnées "*pour garantir le bon déroulement de la procédure*"(art. 118 al. 2 lit. c AP). Des formules de ce type n'interdisent pas la conduite d'instructions menées dans la tradition inquisitoire. La mesure du droit d'être entendu devra être définie par la pratique et la jurisprudence.
- L'autorité pénale qui entend recueillir le témoignage du professionnel libéré du secret (p. ex. avocat, ecclésiastique) doit faire la pondération entre l'intérêt au maintien d'un secret qu'elle ne connaît pas encore et l'intérêt à la découverte de la vérité (art. 178 al. 3 AP). Soit on se fonde sur les conceptions, aléatoires, du magistrat, soit on attend que la jurisprudence ait fixé les principes.
- En matière d'utilisation des preuves recueillies de manière illégale, on se trouve confronté à une équation à deux inconnues. Il faut tout d'abord déterminer si la violation porte sur une règle d'ordre, définie par une tautologie (art. 148 al. 2 AP), puis si la cause est assez importante pour que l'on puisse passer outre à la méconnaissance d'une règle substantielle (art. 149 al. 1^{er} AP).
- La réadministration de preuves essentielles, recueillies dans les règles lors de l'enquête, ne peut être exigée devant le tribunal de première instance que si elle n'entraîne pas de dépenses ("Aufwand") disproportionnées (art. 377 al. 2 lit. b AP).

Quels seront les critères permettant d'appliquer le principe de proportionnalité en matière de risque d'un jugement erroné ?

Le recours à des notions juridiques indéterminées n'est certes pas totalement évitable, mais il est générateur d'insécurité tant chez les justiciables que chez les agents de la justice pénale. Il doit donc être réservé aux cas dans lesquels même l'étude approfondie des questions posées et des options envisageables ne permet pas d'autres solutions. Il n'est d'ailleurs pas interdit au législateur de commettre des erreurs sur certains points et de les rectifier après quelques années, lors d'une première révision de son ouvrage. Un effort significatif devrait être entrepris, lors de l'établissement du projet définitif, pour limiter le recours aux notions juridiques indéterminées.

- 1.3 La loi de procédure ne peut se limiter à fixer les règles que l'autorité et les parties doivent suivre. Le législateur doit indiquer la portée qu'il attache au respect des normes procédurales et, corollairement, les sanctions qui frappent leur violation. Le régime des sanctions est non moins aussi important que celui des règles matérielles de procédure; ces dernières, en l'absence de sanctions, risquent de se voir ravalées au rang de règles d'ordre et de n'être traitées que comme des directives.

L'avant-projet contient des dispositions sur le sort des moyens de preuve recueillis illégalement (art. 148 à 150). Même si la Fédération ne peut se rallier aux solutions proposées (cf. infra ch. 5), elle relève l'élément positif que constitue la recherche d'une solution législative à une question fondamentale, que la pratique suisse abandonnait à la jurisprudence et à la doctrine.

Sous réserve de ce qui précède, le régime des sanctions prévues pour la violation des règles de procédure n'est pas élaboré de manière suffisante dans l'avant-projet. On citera les exemples qui suivent :

- L'avant-projet formule le principe de célérité, insistant sur la nécessité de son respect en cas de détention préventive (art. 5). La concrétisation se trouve à l'art. 223 al. 3, qui prévoit que la durée de la détention ne devrait pas dépasser celle de la peine présumée; sa portée est limitée et n'est pas totalement sans danger, le risque étant créé

que la peine ne soit fixée en fonction de la détention déjà subie. Des mesures strictes destinées à assurer le respect du principe de célérité ne sont ni prévues, ni discutées : on peut songer à la fixation d'une durée maximum de la détention préventive (cp. art. 303-308 CCP it.) ou à la péremption de la poursuite lorsque le ministère public ne saisit le tribunal de répression dans un délai préfix (cp. art. 405ss CPP it.). De tels instruments créent certes une pression sur les agents de la justice pénale mais le choix de leur mise en œuvre constitue la réponse à donner à la véritable question : il ne suffit pas d'affirmer le principe de célérité, il faut en assurer le respect.

- Dans un Etat moderne et fondé sur le droit, le législateur ne peut pas éluder la question de la sanction générale des règles de procédure qu'il formule. Il peut se limiter à poser les principes généraux (art. 170 à 174 CPP fr., spéc. art. 171) et laisser à la jurisprudence le soin de les concrétiser; il peut également fixer un régime complet, fondé sur l'expérience et la réflexion doctrinale (cp. art. 177 à 186 CPP it.).

Le régime des sanctions n'est aménagé que de manière très lacunaire dans l'avant-projet. Des réflexions complémentaires s'imposent donc, qui peuvent s'inspirer des solutions retenues à l'étranger. Elles devront, dans le projet définitif, se concrétiser dans des solutions claires et précises, garantissant le respect sans faille des normes de procédure.

2. L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA STRUCTURE GÉNÉRALE DE LA PROCÉDURE.

2.1 L'ÉTENDUE DE L'UNIFICATION

L'avant-projet unifie largement l'organisation judiciaire. Il désigne les autorités pénales de manière exhaustive et fixe leurs attributions essentielles; les cantons et la Confédération, dans leurs domaines respectifs, conservent essentiellement la compétence de régler la composition, la nomination et l'organisation des diverses autorités; des autorités communes peuvent être créées pour plusieurs cantons (art. 196b Cst).

Dès lors que l'on veut unifier la procédure pénale, l'unification de l'organisation judiciaire s'impose. Dans aucun autre domaine, en effet, le droit procédural proprement dit et l'organisation judiciaire ne sont aussi liés qu'en matière pénale; l'interaction entre celle-là et celle-ci définit la structure générale du procès pénal et lui donne ses formes essentielles. La Fédération appuyant le projet d'unification de la procédure pénale, dans la mesure où il peut se réaliser dans le respect des libertés publiques et des droits des parties, elle se prononce également en faveur d'une large unification de l'organisation judiciaire. Cela ne va pas sans sacrifice des compétences des cantons en la matière. Il restera à déterminer, au stade du projet définitif, si certaines particularités cantonales peuvent être conservées et intégrées dans le système (p. ex. tribunal de cassation, cour d'assises).

2.2 LE CHOIX DU MODÈLE DE POURSUITE PÉNALE

2.2.1 Les critères du choix

- 2.2.1.1 La FSA groupe les avocats de l'ensemble de la Suisse. Selon le canton où ils pratiquent, ses membres ont l'expérience des divers modèles d'organisation de la procédure préliminaire, tels que décrits dans le rapport explicatif (ch. 141). Compte tenu de sa composition et de ses buts, la FSA s'abstient donc d'une option qui serait déterminée par un quelconque attachement à des institutions établies de plus ou moins longue date et, partant, familières au praticien. Les seuls critères qui peuvent être décisifs dans le choix d'un modèle sont les intérêts des citoyens et notamment des justiciables, dont la FSA est le porte-parole naturel; ces intérêts portent sur la rapidité et la fiabilité de l'action pénale et sur le respect sans faille des droits des justiciables, notamment des prévenus et des victimes. La réalisation de ces objectifs, nullement antagonistes, garantit l'efficacité et la qualité de la justice pénale.
- 2.2.1.2 La répression ne peut être efficace que si elle procède d'une politique criminelle qui à la fois mette des moyens à disposition de la police et de la justice et définisse les modalités de leur mise en œuvre, par exemple le choix de certaines priorités. Les organes de l'Etat en charge de la poursuite et de l'instruction

déploient une activité qui ne peut conduire au succès, même partiellement, que si elle est coordonnée et, à un certain niveau, dirigée. On ne saurait réduire l'administration de la justice pénale à une juxtaposition de procédures ouvertes et menées au hasard des infractions constatées ou dénoncées. Il est indispensable qu'un ou plusieurs magistrats ou fonctionnaires puissent, d'une manière cohérente et planifiée, décider de la mise en œuvre des moyens disponibles et donner les impulsions nécessaires à l'exercice de l'action pénale. Ces magistrats ou fonctionnaires doivent rendre compte aux organes de l'Etat habilités à définir la politique criminelle.

L'efficacité de l'action pénale n'exclut pas la division de la procédure préliminaire en plusieurs phases, mais bien la répétition des mêmes actes dans chaque phase successive. Cela implique que le responsable d'une phase se limite à ce qui est nécessaire pour faire passer utilement le dossier à la phase suivante et que les temps d'attente, à chaque changement de stade, soient réduits dans toute la mesure du possible.

La mise en œuvre la plus rapide des garanties de procédure concourt également à l'efficacité de l'action pénale. Elle assure la fiabilité des actes d'instruction et évite leur répétition au cours de l'enquête. Elle prévient surtout la suspicion que des actes accomplis hors du respect des droits de la défense peuvent jeter sur l'ensemble du processus.

- 2.2.1.3 Le respect de certains principes fondamentaux, notamment ceux qui définissent les droits des justiciables, restreignent les choix sinon dans le modèle de la poursuite pénale du moins dans son aménagement. C'est ainsi que les mesures de contrainte, en tout cas les plus incisives, doivent être ordonnées par un magistrat du siège, indépendant des parties. De même, le principe de l'égalité des armes postule que les moyens de preuve, sur lesquels le juge du fond forme sa conviction, soient, sauf circonstances exceptionnelles, administrés de manière contradictoire, sous l'autorité d'un magistrat du siège, indépendant des parties.

2.2.2 L'abandon des modèles "juge d'instruction"

L'avant-projet n'a pas retenu les modèles dits "du juge d'instruction". La FSA peut se rallier à cette option.

2.2.2.1 Le système du juge d'instruction indépendant (modèle "juge d'instruction I") n'est certes pas dénué d'avantages et a pu donner satisfaction, notamment dans des arrondissements de taille limitée, présentant une criminalité traditionnelle. De plus en plus, néanmoins, la répression pénale ne peut se concevoir que comme une activité planifiée, spécialisée et coordonnée, impliquant des centres de décision et un système hiérarchisé. Le mode normal de travail du magistrat du siège, qui instruit de manière indépendante et individuelle la cause dont il est saisi ou se saisit lui-même, ne suffit pas à la mise en œuvre d'une politique criminelle raisonnée. On observe d'ailleurs, dans les cantons d'une certaine taille, l'apparition d'institutions qui donnent au système un caractère hybride. On peut ainsi se demander sérieusement si le juge d'instruction cantonal du droit vaudois ou le président de l'office d'instruction du droit fribourgeois reste un doyen, un "primus inter pares" ou ne devient pas le chef du service de l'instruction.

D'une manière très générale, le juge du contentieux, que ce soit en matière civile, administrative ou pénale, ne statue que sur des causes qui lui sont soumises par des personnes ayant qualité pour le saisir. La saisine du juge par lui-même constitue une entorse au système normal. Elle est propre à compromettre l'indépendance et l'apparence d'impartialité du magistrat. Celui qui exerce l'action pénale ne peut pas ne pas avoir opéré, en fait et en droit, une analyse au moins provisoire des circonstances qui motivent sa démarche. L'interdiction que certains codes font au juge d'instruction d'informer sans réquisitoire introductif ou supplétif (art. 80 et 82 CPP fr.) sert

notamment à les protéger d'une telle apparence de prévention. Il est en outre difficile pour celui qui déclenche la procédure pénale, avec tous les actes, les frais et les préjudices qu'elle implique, de reconnaître que ses soupçons initiaux ne se sont pas avérés et que l'exercice n'a conduit à aucun résultat. Le fait d'être saisi par un tiers permet au juge d'instruction de garder le recul nécessaire à l'égard de la cause qui lui est soumise.

2.2.2.2 Un juge d'instruction placé dans une relation de subordination hiérarchique par rapport aux procureurs et substituts et soumis aux instructions qu'il peut en recevoir, n'est pas un magistrat du siège mais soit un fonctionnaire du ministère public, soit un agent ou officier de police judiciaire. C'est commettre un abus de langage que de le désigner comme "juge". Il n'est pas indépendant et ne peut revendiquer l'apparence de l'impartialité, puisque soumis aux instructions d'une partie au procès.

Le modèle "juge d'instruction II" n'est en réalité qu'un aménagement particulier des rapports entre le ministère public et un service d'instruction décentralisé qui en dépend, ou qui appartient à la police judiciaire. Il apparaît au sein de la FSA que ce modèle, objet déjà de critiques formulées par les praticiens des cantons qui le connaissent, n'est pas acceptable dans les cantons adeptes du système du juge d'instruction indépendant (I) ou du système français (ministère public I).

2.2.3 L'option entre les modèles "ministère public"

La FSA n'entend pas, au vu de ses spécificités déjà rappelées, formuler de préférence entre le système d'une instruction confiée à un juge réellement indépendant, saisi par le ministère public ou le lésé (modèle "ministère public I"), et le système d'une enquête en mains du ministère public lui-même, sous le contrôle occasionnel d'un juge de l'instruction (modèle "ministère public II"). L'un et l'autre ménagent au ministère public des moyens d'intervention lui permettant de veiller à la mise en œuvre d'une véritable politique criminelle et à l'utilisation rationnelle et cohérente des forces au service de la répression. Mais les deux systèmes ont des logiques internes bien différentes. Leurs avantages et leurs inconvénients, ainsi que leurs dangers leur sont propres; ils dépendent d'ailleurs largement des dispositions légales concrètes présidant à la mise en œuvre du système.

La FSA prend acte de ce que le projet mis en consultation est fondé sur la suppression totale de la fonction de juge d'instruction. Elle tient néanmoins à signaler que, si cette option devait se heurter à des résistances insurmontables, le système dit français pourrait, correctement aménagé, constituer une solution de rechange tout à fait acceptable. Les critiques formulées à son encontre dans le rapport (ch. 141.3) reposent apparemment sur une connaissance insuffisante de son fonctionnement. Et l'image défavorable que la procédure pénale fédérale donne de ce système est liée à des solutions reconnues aujourd'hui comme erronées, et qui n'étaient peut-être que la traduction des conceptions politiques dominantes à l'époque; il est par exemple évident que si l'on permet au ministère public d'ordonner non seulement la garde à vue mais la détention préventive (art. 45 PPF), le passage de l'enquête de police à l'instruction proprement dite peut être différé à volonté, la seconde devenant le doublon, formel et inutile, de la première; de même, l'abandon de l'exercice des droits de la défense à la liberté discrétionnaire du juge d'instruction (art. 117 et 118 PPF) pouvait apparaître acceptable en 1934, voire en 1969 (ATF 95 IV 45ss), mais ne correspond plus aux conceptions actuellement en cours dans les nations civilisées.

Mais, aménagé sur la base des expériences des juges, procureurs et avocats qui le pratiquent en Suisse ou à l'étranger, le système dit français pourrait s'avérer à la fois efficace et respectueux des libertés publiques, au cas où l'autorité politique devrait renoncer au modèle proposé dans l'avant-projet. La FSA pourrait donc se rallier à un système comportant la réintroduction du juge d'instruction. L'indépendance totale de ce dernier devrait être garantie par l'interdiction qui lui serait faite de se saisir lui-même. L'égalité des armes devrait être assurée et le ministère public, durant l'instruction, devrait être placé dans la position d'une simple partie. Dans un souci d'efficacité, le système des ordonnances de règlement (par le juge d'instruction ou la chambre d'accusation, ou par le ministère public) devrait être aménagé de manière à éviter les pertes de temps et les doublons.

2.2.4 Incohérences dans l'aménagement du modèle choisi

2.2.4.1 Le système qui confie l'enquête au ministère public a sa logique interne, qui appartient à la tradition des procédures accusatoires.

2.2.4.1.1 Le ministère public est une partie au procès pénal, celle qui, sous réserve des droits reconnus au lésé, a le monopole de l'exercice de l'action pénale. Cette qualité, qui s'actualise lors de la saisine du juge de répression, existe virtuellement déjà dans l'enquête préliminaire. Est étrangère au système l'idée que le représentant du ministère public, tout en étant partie au fond, pourrait, dans l'enquête préliminaire, être un magistrat totalement indépendant et présentant pour le prévenu une garantie entière d'impartialité, à l'instar d'un juge du siège.

De par sa position, le ministère public ne peut, sauf cas d'urgence, ordonner les mesures de contrainte les plus incisives. Ces mesures relèvent d'un magistrat du siège.

Le principe de l'égalité des armes conduit à ne reconnaître comme preuves valablement administrées que celles qui le sont de manière contradictoire, sous l'autorité du juge, en principe le juge de répression.

L'enquête de police et l'enquête préliminaire peuvent, dans un tel système, être confiées à l'une des parties parce que leur objet n'est pas de procéder à une administration de preuves qui servira de base au jugement du tribunal de répression. Leur but est, comme le précise l'art. 326 CPP *it.*, de fournir au ministère public les éléments dont il doit disposer pour prendre les décisions lui incombant sur l'exercice de l'action pénale. La conséquence nécessaire du système est le principe de l'immédiateté de la preuve.

L'immédiateté de la preuve implique que le juge ne puisse fonder sa conviction que sur les preuves administrées devant lui. La lecture de dépositions faites à l'enquête n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles, notamment en cas d'impossibilité de répétition, de refus de répondre de l'accusé, d'administration d'une preuve à futur devant le juge (*cf.*, *p. ex.*, art. 500, 512, 513, 514 CPP *it.*). Corollairement, le dossier judiciaire ne contient que les dépositions dont la lecture sera admissible aux débats (*cf.* art. 431 CPP *it.*).

La lourdeur apparente du système est corrigée par l'introduction de procédures simplifiées lorsque les faits essentiels pour la détermination de la culpabilité et le choix de la sanction ne sont pas contestés. Une grande partie des affaires peuvent être ainsi liquidées hors du respect strict des principes d'immédiateté et d'oralité. Mais la garantie que constituent ces principes ne peut être refusée au justiciable qui conteste tout ou partie des faits essentiels; car elle est un élément essentiel du procès équitable, savoir respectueux de l'égalité des armes.

2.2.4.1.2 L'inégalité des armes dans l'enquête préliminaire est compensée partiellement par le droit inconditionnel du prévenu d'être assisté de son défenseur pour tous les actes auxquels il doit participer, ce sans distinction entre l'enquête préliminaire de police (cf. art. 350 CPP it.) et l'enquête du ministère public (cf. art. 364 CPP it.). La règle est si essentielle que sa violation entraîne la nullité de l'acte (cf. art. 178 lit. c CPP it.), laquelle peut s'étendre à tous actes ultérieurs (cf. art. 185 ch. 3 CPP it.). Corollairement, le défenseur et le prévenu pourront s'entretenir librement, même en cas de détention préventive et sauf circonstances exceptionnelles (cf. art. 104 CPP it.).

2.2.4.2 Sur plusieurs points, l'avant-projet ne respecte pas la logique interne du système accusatoire.

2.2.4.2.1 On prend acte avec satisfaction de l'introduction de l'institution du juge des mesures de contrainte. Et cela même si la procédure prévue appelle encore certaines améliorations, pour lesquelles on renvoie à ce qui est exposé ci-dessous (ch. 4.1.3)

2.2.4.2.2 Si les faits essentiels sont reconnus et que l'infraction n'ait pas caractère majeur, la lourdeur de débats principaux fondés sur les principes d'immédiateté, d'oralité et de contradiction, n'est plus justifiée. On ne peut donc qu'approuver l'introduction d'une procédure simplifiée telle que prévue aux art. 385 à 389 de l'avant-projet. Sont réservées les remarques particulières formulées ci-dessous (ch.7).

La procédure de l'ordonnance pénale et la procédure simplifiée devraient permettre de liquider une bonne partie des affaires pénales. Dans les autres, qui aboutissent devant le juge unique ou le tribunal, les faits essentiels ne seront bien souvent pas contestés ou ne le seront qu'en partie. Les critiques formulées ci-dessous ne portent donc sur le traitement que d'une partie relativement faible des affaires pénales. Elles ont néanmoins une portée fondamentale, car elles ont

trait au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, au respect du principe de l'égalité des armes. Ce qui fait deux raisons, complémentaires, de procéder aux aménagements demandés.

- 2.2.4.2.3 La relation entre les débats principaux et l'enquête est, dans l'avant-projet, conçue d'une manière absolument contraire aux principes de la procédure accusatoire, ce, comme indiqué ci-dessous, quand les faits essentiels sont contestés. Non seulement le président et les membres du tribunal prennent connaissance du dossier complet du ministère public (art. 363), mais ce dossier même va constituer la base de leur jugement. Le juge unique se borne à examiner l'intégralité, la légalité et la fiabilité des preuves administrées à l'enquête et n'instruit qu'en cas de doute à ce sujet (art. 374). Devant le tribunal, une réadministration des preuves peut être refusée pour de simples motifs de proportionnalité, autant que le droit d'être entendu ait été sauvegardé dans l'enquête (art. 377).

Compte tenu de la compétence élevée reconnue au juge unique, on peut affirmer que dans l'immense majorité des cas, l'intervention du juge de répression se bornera au simple contrôle de l'activité de la police et du ministère public. Le juge ne se forgera de conviction directe et personnelle que s'il conçoit des doutes sur la fiabilité et la régularité de cette activité; comme ces doutes doivent – condition cumulative – être "fondés" ("begründet"), le dossier du ministère public bénéficiera d'une sorte de présomption d'exactitude. Cela étant, on peut légitimement se demander si l'intervention d'un juge présente encore une autre utilité que celle de créer l'apparence d'une conformité avec l'art. 6 ch. 1 CEDH.

Quiconque a l'expérience de l'instruction, que ce soit en matière pénale ou civile, voire administrative, sait que la personne qui dirige la procédure peut avoir une influence décisive sur le résultat de l'administration des preuves. On peut citer, à titre d'exemple, l'ordre et la formulation des questions. Ces dernières peuvent ainsi être

suggestives ou présenter une connotation juridique non perçue par la personne entendue. L'ordre choisi pour les interrogatoires ou les questions peut contribuer à mettre en œuvre ou à priver d'effet les procédés tendant à vérifier la sincérité de certaines déclarations. L'intervention d'une partie par des questions complémentaires ne permet pas toujours de rectifier les résultats d'une instruction orientée. La partie qui a la direction de l'administration d'un moyen de preuve est placée dans une position de supériorité par rapport aux autres. En cas de contestation sur les faits, les moyens de preuve recueillis par le ministère public ne peuvent donc, sauf circonstances exceptionnelles telles que l'impossibilité de répétition, le défaut ou le refus de collaboration du prévenu, servir de base à la conviction du juge. Sous les mêmes réserves, le juge ne doit se fonder que sur les moyens de preuve recueillis sous son autorité et de manière contradictoire, éventuellement sur les preuves administrées à titre préventif, également devant un magistrat du siège. Si tel n'est pas le cas, l'égalité des armes n'est plus respectée. Le critère de proportionnalité figurant à l'art. 377 al. 2 de l'avant-projet est hors de propos. L'administration correcte de la justice, dans le respect de l'égalité des armes, ne saurait être sacrifiée à des considérations de simple économie de procédure. La lourdeur de certaines instructions principales est le corollaire nécessaire du système choisi. Le tout sans préjudice du sort à réserver aux requêtes de preuve qui portent sur des faits d'emblée dénués de pertinence juridique, ou qui apparaissent clairement dilatoires ou abusives.

La FSA demande donc à l'autorité politique, si elle entend retenir le système accusatoire ("ministère public II"), de modifier profondément la structure des débats principaux, à tout le moins lorsque des faits essentiels sont contestés :

- Le juge ne doit fonder sa conviction que sur les preuves administrées contradictoirement devant lui, éventuellement sur des

preuves administrées à titre préventif, devant un juge et de manière contradictoire.

- Les procès-verbaux de l'enquête ne doivent être admis à titre de moyens de preuve que dans des circonstances exceptionnelles définies par loi, par exemple l'impossibilité de réadministration.
- Le dossier soumis au tribunal ne devrait en principe contenir, outre les pièces à conviction, l'acte d'accusation et divers actes de forme, que les procès-verbaux de l'enquête dont la lecture aux débats est autorisée par la loi.

La mise en œuvre de ces principes appellera vraisemblablement la réorganisation de la procédure intermédiaire ou l'introduction de débats préliminaires.

L'avant-projet contient donc, même si ce n'est que pour une minorité d'affaires, des entorses trop importantes aux principes rappelés ci-dessus, pour que la FSA puisse s'y rallier.

2.2.4.2.4 Le droit à l'assistance d'un défenseur à tous les stades de la procédure, qui est essentiel dans le système accusatoire, n'est pas entièrement reconnu dans l'avant-projet.

- D'une manière toute générale, le droit d'être entendu, qui implique celui de se faire assister par un conseil (art. 117 al. 3 lit. c), peut être restreint ou suspendu dès que cela "*s'impose pour garantir le bon déroulement de la procédure*" (art. 118 al. 2 lit. c). Même si la formule n'est pas aussi critiquable que celle de l'art. 118 PPF, elle reste très vague et susceptible des interprétations et des applications les plus diverses. Et comme le recours n'a en principe pas d'effet suspensif (art. 456), les divergences entre l'autorité et la défense conduiront presque toujours, pratiquement, au sacrifice des droits de cette dernière.

- L'assistance du prévenu arrêté provisoirement, qui fait l'objet d'un interrogatoire dans l'enquête préliminaire de police, est réglée d'une manière satisfaisante (art. 168 al. 2), qui constitue d'ailleurs un progrès par rapport à bien des solutions actuelles.

- Il n'en va pas de même pour le prévenu qui comparait libre devant la police. La différence de traitement avec le cas du prévenu détenu n'est que très partiellement justifiée. Il est certes exact que le souci de prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants doit se concentrer sur la situation des personnes privées de leur liberté. Mais telle n'est pas la seule justification de l'assistance par un défenseur : cette assistance doit, dans une certaine mesure, rétablir une forme d'égalité entre le prévenu, en principe dénué de connaissances juridiques et de ressources en matière de défense, et une machine étatique pilotée par sa partie adverse, le ministère public. A cet égard, la solution imaginée à l'art. 168 al. 4 n'est qu'une tautologie, car il importe peu que, devant le ministère public et dûment assisté, le prévenu confirme des déclarations antérieures ou en fasse de nouvelles, du même contenu. Le refus de l'assistance indispensable dans l'enquête de police pourrait également avoir un effet pervers, soit la prolongation de cette dernière. Car, selon une opinion erronée qui n'est malheureusement pas isolée, l'assistance d'un défenseur tendrait à ralentir et compliquer les investigations et surtout à empêcher la formulation d'aveux; d'où la tentation de retarder autant que faire se peut l'intervention des mandataires et donc de différer la transmission du dossier respectivement au ministère public ou au juge d'instruction. On concédera que la présence d'un défenseur empêche l'obtention d'aveux par des moyens discutables ou par l'exploitation du désarroi d'une personne confrontée seule à l'autorité pénale. Elle est en revanche garante de la régularité et donc de la fiabilité des aveux exprimés dans des conditions dignes d'un Etat de

droit. Les agents ou officiers de police judiciaire qui possèdent le talent, la formation et la moralité nécessaires à l'exercice de leur fonction n'ont pas à craindre que la présence d'un défenseur n'entrave leur action. Les expériences positives faites par les cantons, notamment Soleure, qui ont pris le risque d'introduire sans restriction l'assistance du prévenu devant la police, montrent qu'ils n'ont pas à regretter cette marque de courage.

On peut envisager des exceptions, définies par la loi, notamment lorsqu'il y a urgence à prendre des dépositions pour éviter la perte des souvenirs (p. ex. : accident de la circulation). Mais il n'est alors pas indispensable que la déposition fasse l'objet d'un procès-verbal.

Derechef, la FSA voit dans l'assistance à tous les stades de la procédure un élément essentiel pour qu'un projet, quel que soit par ailleurs le modèle choisi, puisse être qualifié de moderne et digne d'être soutenu.

2.2.5 Les dangers inhérents au système choisi

- 2.2.5.1 Il ne se passe guère de mois voire de jours sans que, aux Etats-Unis mêmes, les défenseurs des droits de l'homme et des minorités ethniques ne dénoncent les carences de la justice de leur pays. Sont notamment les cibles de ces critiques la tendance que certains procureurs manifesteraient à rechercher des résultats et obtenir des victoires, ce qui les amènerait à négliger – ou pire à dissimuler – des éléments à décharge. De plus, face à la puissance de la police et du ministère public, le prévenu ne pourrait se défendre qu'en recourant à des avocats chevronnés pouvant consacrer beaucoup de temps à leur mandat, et en finançant des contre-enquêtes confiées à des avocats, des détectives ou des experts privés; en clair, seuls les riches auraient, en règle générale, accès à une défense efficace.

2.2.5.2 La part étant faite des spécificités de la société américaine, on ne saurait ignorer ces critiques au moment même où la Suisse projette de reprendre un système qui, à grands traits, est celui qui a cours aux Etats-Unis. Il serait illusoire de penser que, par un phénomène que l'on ne s'expliquerait pas, la Suisse serait à l'abri des dérives dénoncées aux Etats-Unis. Malgré toute la valeur que l'on peut attacher aux garanties procédurales de nature formelle, on ne saurait se contenter d'un système dans lequel l'usage effectif de ces droits serait réservé matériellement aux seuls justiciables disposant des ressources financières indispensables. On imagine par ailleurs mal que l'aide judiciaire s'étende par exemple aux frais de contre-enquêtes. Force est donc de mettre en place les correctifs qui assureront à tous les justiciables une défense digne d'un Etat fondé sur le droit. Ces correctifs, sur lesquels on reviendra plus loin, sont pour l'essentiel les suivants :

2.2.5.2.1 L'action de la police et du ministère public doit présenter des garanties suffisantes de transparence. Le dossier officiel doit contenir toutes les pièces, ce qui signifie l'interdiction des dossiers parallèles ou des pièces non versées au dossier. Toutes les opérations accomplies doivent faire l'objet d'une mention au dossier, même si elles n'ont pas donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal; cela devrait par exemple permettre à la défense ou à la partie civile de vérifier des pistes abandonnées par la police et, le cas échéant, de requérir des auditions complémentaires.

2.2.5.2.2 L'essentiel de l'enquête doit être conduite par le ministère public, ce de manière contradictoire; en cas de commission rogatoire délivrée à la police, le respect des droits de la défense et du caractère contradictoire doit être assuré de la même manière que devant le ministère public.

La conception de l'enquête préliminaire de police doit être précisée et, au besoin, rectifiée.

- La police judiciaire n'agit pas de manière "indépendante" (cf. art. 327 lit. a). Les agents et officiers de police sont, dès qu'ils

accomplissent un acte de police judiciaire, placés sous l'autorité et la responsabilité du ministère public. Peu importe qu'ils agissent sur réquisition de ce dernier ou d'office. L'unité fondamentale qui existe entre l'enquête préliminaire de police et l'instruction du ministère public devrait se traduire par l'intégration administrative du corps de police judiciaire et du ministère public, sous l'autorité de ce dernier. Cette intégration permettrait au procureur général de veiller à la réalisation de la politique criminelle voulue par les autorités compétentes, notamment de fixer des priorités et de décider de l'engagement des moyens de police. Elle éviterait en outre la prolongation d'une activité autonome et non contrôlée des agents de la police judiciaire. Le législateur fédéral devait sérieusement se demander s'il ne doit pas imposer cette intégration.

- L'enquête préliminaire de police doit se limiter soit à la recherche d'infractions non encore constatées soit à ce qui est urgent et à ce qui est strictement indispensable pour permettre au ministère public de décider de l'ouverture d'une instruction. Dans toutes les affaires criminelles ou délictuelles, les agents et officiers de la police judiciaire devraient être obligés de faire immédiatement rapport au ministère public. Car, dès qu'existe le soupçon suffisant d'une infraction, une instruction doit être ouverte (art. 339). L'ouverture de l'instruction marque le début du caractère contradictoire de l'enquête (art. 158) et du droit – d'ailleurs insuffisant – à la consultation du dossier (art. 111). Il ne doit pas appartenir aux agents ou officiers de police de décider, en avançant ou en différant la transmission des pièces du dossier aux magistrats du ministère public, du moment où ces droits prendront naissance. Dès lors que, en prêtant l'attention commandée par les circonstances, les agents et officiers de la police judiciaire peuvent reconnaître l'existence d'un soupçon suffisant de crime ou délit, ils doivent en référer au procureur ou à ses substituts et limiter leur activité aux mesures qui ne peuvent être différées. La poursuite de l'enquête préliminaire de

police après la constatation d'un soupçon suffisant, et au-delà des mesures d'urgence, frustre les parties de leurs droits procéduraux, que cette prolongation relève d'une initiative propre de la police ou qu'elle soit imputable à un retard du ministère public. Elle doit, à l'instar des inculpations tardives, être sanctionnée par une nullité de l'information. Si tel n'était pas le cas, on pourrait d'ores et déjà prévoir la dérive du système : l'essentiel de l'instruction se ferait de manière autonome dans "l'enquête préliminaire de police", soit dans la méconnaissance totale des droits des parties; la fonction du ministère public se limiterait à un contrôle et à une confirmation des résultats de cette activité propre des agents ou des officiers de police.

- On peut réserver la structure particulière de la procédure en matière de contraventions pour autant que, comme prévu, la sanction de ces dernières soit limitée à l'amende.

2.2.5.2.3 Un moyen essentiel pour prévenir le caractère unilatéral de l'enquête consiste à reconnaître aux autres parties un véritable droit à l'obtention de compléments de preuve et à le sanctionner (cf. ch. 3.3.3).

Des clarifications ou des améliorations sont donc encore nécessaires pour prévenir les dangers inhérents au système accusatoire. Les améliorations concrètes jugées indispensables en matière de droits de la défense sont décrites dans le chapitre 3 ci-dessous.

2.2.6 Le problème des coûts

On peut partager l'opinion du rapport selon laquelle il est vain de vouloir évaluer les coûts respectifs des divers systèmes entrant en considération. On tient simplement à mettre en garde contre la recherche de la "*neutralité des coûts*". Une justice pénale répondant aux vœux légitimes de la population, c'est-à-dire efficace, fiable et respectueuse de la personne, a son coût. Et la limitation des droits

des parties n'a jamais contribué à l'efficacité de la répression mais uniquement au développement de l'arbitraire. L'insuffisance des moyens se traduit actuellement par des atteintes de plus en plus graves notamment au principe de célérité. Si les effectifs, les qualifications et la formation permanente des agents de l'Etat chargés de la justice pénale sont insuffisants, tout système est condamné à l'échec, sans exception pour celui qui est proposé. La FSA souhaite donc que l'adoption du futur code, avec l'introduction d'un système unifié, se double d'une réflexion politique approfondie sur l'importance de la justice pénale et sur l'ampleur des moyens qui doivent être mis à sa disposition.

3. PARTEIRECHTE / VERTEIDIGUNGSRECHTE

Gewöhnlich werden die Parteirechte im Strafverfahren in folgende drei Kategorien oder Untergruppen eingeteilt:

- die Informationsrechte
- das Recht auf Verteidigung
- die Mitwirkungsrechte.

3.1. INFORMATIONSRECHTE

Unter die Informationsrechte werden zur Hauptsache drei Ansprüche subsummiert:

- Anspruch auf Information über die erhobene Anschuldigung
- Anspruch auf Information über die der beschuldigten Person zustehenden Rechte
- und den Anspruch auf Akteneinsicht.

3.1.1 Information über die erhobene Anschuldigung

Der Anspruch., über die erhobene Anschuldigung informiert zu werden, ergibt sich einerseits aus Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK und andererseits aus Art. 32 Abs. 2 BV. Leider hat die BV den Begriff des "Angeklagten" aus der EMRK übernommen, obgleich mittlerweile klar ist, dass dieser Anspruch auch dem Beschuldigten zu Beginn der Strafuntersuchung zusteht, und nicht erst, wenn er durch An-

klageerhebung zum Angeklagten geworden ist. So bestimmen denn auch die meisten kantonalen Strafprozessordnungen, mindestens die neueren, dass der Beschuldigte bei der ersten Einvernahme über den Gegenstand der Anschuldigung zu unterrichten ist.

Gemäss Art. 167 VE ist die *angeschuldigte Person* anlässlich der ersten Einvernahme über drei Dinge aufzuklären:

- den Gegenstand der Strafuntersuchung
- das Aussageverweigerungsrecht
- und das Recht auf Beizug einer Verteidigung.

Die Information über die erhobenen Anschuldigungen sind für die *Verteidigung* von zentraler Bedeutung. Erst wenn sie diese kennt, kann sie die angeschuldigte Person effektiv beraten und ihr erklären, worauf sie bei ihrer Aussage zu achten hat.

Verschärft wird dieses Problem, weil oft termini technici verwendet werden, die dem Laien nichts sagen, dem Fachmann aber umso mehr. Wenn also das Recht auf Verteidigung ein effektives sein soll, muss die Verteidigung vorgängig der ersten Einvernahme diese Informationen erhalten und die Klientschaft vor der ersten Befragung aufklären können, was primär in Haftfällen von Bedeutung ist.

3.1.2 Information über die der angeschuldigten Person zustehenden Rechte

Der Vorentwurf hält einige Parteirechte allgemeiner Natur in Art. 117 fest (Akteneinsicht, Teilnahmerecht, Beizug einer Verteidigung, Äusserung zur Sache und zum Verfahren und Antragsrecht). Das Aussageverweigerungsrecht findet sich dann in Art. 122 Abs. 2 und 3 VE.

Über die Rechte gemäss Art. 117 VE müssen die Parteien nur belehrt werden, wenn sie zum ersten rechtsunkundig sind und zum zweiten nur „soweit erforderlich“ (Art. 117 Abs. 4 VE). Ist ein Angeschuldigter, der zum dritten Mal in ein Strafverfahren verwickelt ist, rechtsunkundig, und wenn ja, inwiefern ist es erforderlich, ihn über seine Rechte aufzuklären? Unbestimmten Rechtsbegriffe wie

„erforderlich“, „nötig“, „angezeigt“, „tunlich“ etc. sind um jeden Preis zu vermeiden, sie öffnen Tür und Tor für eine beliebige Auslegung und provozieren damit nur eine Beschwerdeflut. Daran ändert auch Art. 167 VE (die Belehrung anlässlich der ersten Einvernahme) nichts, da gemäss dieser Bestimmung nur über den Gegenstand der Strafuntersuchung, das Aussageverweigerungs- und das Verteidigungsrecht orientiert werden muss. Das Akteneinsichtsrecht und das Antragsrecht fallen nicht unter diese Rechtsbelehrung.

Um allen Unklarheiten und Streitigkeiten vorzubeugen ist deshalb zu fordern, dass die Beschuldigten durch Abgabe eines vorgeschriebenen Merkblattes über ihre Rechte immer und in jedem Fall umfassend belehrt werden¹, wie das in anderen Kantonen bereits üblich ist. Das ist die einzige Art und Weise, eine korrekte Rechtsbelehrung sicherzustellen. Das schlägt zwar der Begleitbericht auch richtigerweise vor, weshalb nicht nachvollziehbar ist, warum das nicht als klare Vorschrift ins Gesetz aufgenommen wird, anstatt kompliziertere Regelungen vorzuschlagen, die einzig zu Unklarheiten und Streitigkeiten darüber führen, ob nun eine gesetzmässige Rechtsbelehrung stattgefunden hat oder nicht.

Einvernahmen ohne diese Rechtsbelehrung sollen nicht verwertbar sein (Art. 167 Abs. 2 VE). Diese Folge ist grundsätzlich zu begrüssen. Es ist aber unklar, inwiefern diese Folge auch tatsächlich eintritt, denn Art. 148 VE hält zum ersten fest, dass die Verletzung blosser Ordnungsvorschriften keine Unverwertbarkeit des Beweismittels zu Folge hat, sondern nur die Verletzung von Gültigkeitsvorschriften. Ist nun die Rechtsbelehrung bloss eine Ordnungs- oder doch eine Gültigkeitsvorschrift? Selbst wenn sie eine Gültigkeitsvorschrift wäre, dürfte zum zweiten trotz unterlassener Belehrung die Einvernahme gemäss Art. 149 Abs. 1 VE verwertet werden, wenn es zur Aufklärung einer schweren Straftat erforderlich ist. Ob nun Art. 167 Abs. 2 VE als *lex specialis* Art. 149 Abs. 1 VE vorgeht oder umgekehrt, ergibt sich aus dem VE nicht. Solche Unklarheiten dürfen nicht belassen, sondern müssen geklärt werden, ganz abgesehen davon, dass die Bestimmung von Art. 149 Abs. 1 VE verfehlt ist².

¹ Vgl. ebenso PIRMIN FREI, *Mitwirkungsrecht im Strafprozess*, Bern 2001, S. 217, der die Abgabe eines solchen Merkblattes bereits bei der ersten Einvernahme durch die Polizei vorschlägt.

² Vgl. hienach, Ziff. 5.

3.1.3 Akteneinsichtsrecht

Das Akteneinsichtsrecht ist Voraussetzung für jede effektive Ausübung der Mitwirkungsrechte, insbesondere des Beweisantragsrechts und des Rechts, Ergänzungsfragen zu stellen³. Die blossе Statuierung eines Akteneinsichtsrechts allein bringt noch nichts. Entscheidend an diesem Recht ist dreierlei: Wann wird es gewährt, in welchem Umfang wird es gewährt und in welcher Form kann es ausgeübt werden.

Weiter ist zu fordern, dass ausdrücklich der beschuldigten Person selbst ein Anspruch auf Einsicht in die Akten zusteht, um heute immer wieder gehörten Einwänden zuvorzukommen, die Verteidigung habe ja Akteneinsicht gehabt, der Beschuldigte bedürfe dieser nicht. Denn zum einen sind nicht alle Angeschuldigten anwaltlich verbeiständet und zum anderen kann nur der Angeschuldigte selbst beurteilen, was von Relevanz ist, denn - wenn überhaupt - war nur er bei der strafbaren Handlung dabei, nicht aber sein Verteidiger, und deshalb kann nicht die Verteidigung allein die Relevanz der Akten für allfällige Ergänzungsanträge etc. beurteilen.

Schliesslich muss präzisierend festgehalten werden, dass fremdsprachige Beschuldigte Anspruch auf Übersetzung der Akten (und nicht nur von Anklageschrift und Urteil durch einen unentgeltlichen Dolmetscher haben⁴. Dieses Recht ergibt sich aus Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK und sollte eigentlich bei den Ansprüchen, die aus dem rechtlichen Gehör fliessen, ausdrücklich erwähnt werden, also in Art. 117 VE ergänzt werden, Art. 74 VE, der die Übersetzung regelt, ist zu wenig präzise und regelt die Sache am falschen Ort.

³ Vgl. PIRMIN FREI, Mitwirkungsrecht im Strafprozess, Bern 2001, S. 227.

⁴ Vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch der EMRK, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 528 ff., S. 335 f.

3.1.3.1 Zeitpunkt

Der Vorentwurf will das Akteneinsichtsrecht ausdrücklich erst nach der ersten Einvernahme und der Abnahme der wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft gewähren, d.h. also nie im polizeilichen Ermittlungsverfahren, was sich aus dem Begleitbericht ergibt, wenn dieser ausführt, dass allenfalls bei wichtigen Zeugeneinvernahmen das Akteneinsichtsrecht vorher schon gewährt werden sollte, ansonsten das Recht zum Stellen von Ergänzungsfragen kaum wahrnehmbar sei⁵. Im Gesetzestext ist davon allerdings nichts zu finden, was dazu führen wird, dass dieses Akteneinsichtsrecht regelmässig auch nicht gewährt werden wird, sodass eine entsprechende Ergänzung unbedingt angezeigt ist.

Diese Regelung des Zeitpunktes der Akteneinsicht scheint nicht sehr sinnvoll. Wird die Akteneinsicht vorgängig wichtiger Zeugeneinvernahmen nicht gewährt, so wird die Zeugeneinvernahme wiederholt werden müssen, damit das Recht zum Stellen von Ergänzungsfragen gewahrt und damit die Verwertbarkeit der Zeugeneinvernahme sichergestellt ist. Solche Doppel- und Dreifachspurigkeiten sind das Gegenteil einer effizienten Untersuchung.

Sinnvoll ist deshalb einzig, ab Beginn der Strafuntersuchung das Akteneinsichtsrecht zuzulassen und höchstens durch *Beschränkungen des Umfangs* eine Beeinträchtigung der Strafuntersuchung resp. des Verfahrenszweck zu vermeiden.

3.1.3.2 Umfang der Akteneinsicht und Beschränkungen derselben

Keine Strafprozessordnung kennt ab Beginn der Strafuntersuchung ein unbeschränktes Akteneinsichtsrecht. Dieses kann regelmässig eingeschränkt werden, wenn es nötig ist, damit der Verfahrenszweck nicht vereitelt wird. Wann der Verfahrenszweck allerdings gefährdet ist und durch die Vorlage welcher Aktenstücke, das kann die Verteidigung gerade nie überprüfen.

⁵ Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 79.

Im Vorentwurf kann das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 118 VE eingeschränkt werden. Diese Bestimmung sieht aber Einschränkungsmöglichkeiten vor, denen jegliche konkrete Umschreibung fehlt und die dem Bestimmtheitsgebot in keiner Weise gerecht werden. So kann das rechtliche Gehör, wozu auch das Akteneinsichtsrecht zählt, eingeschränkt werden, wenn dies erforderlich ist für die Sicherheit von Personen (welcher Personen? Zeugen? Personen der Strafverfolgung? Informanten? V-Personen?), zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen (worum geht es? Geheimdienstschutz? Schutz vor wirtschaftlichem Nachrichtendienst?) oder wenn dies zum geordneten Ablauf des Verfahrens nötig ist (wann wird der Ablauf des Verfahrens wegen gewährter Akteneinsicht ungeordnet?). Wir haben es wieder mit einem ganzen Strauss von unbestimmten Begriffen zu tun, die nach Belieben ausgelegt werden können. Da ist die Regelung, dass das Akteneinsichtsrecht dann eingeschränkt werden darf, wenn sonst der Verfahrenszweck gefährdet wäre, vorzuziehen, da es mit dieser Umschreibung, wenn auch nicht für die Verteidigung, so doch wenigstens für das die Streitfrage zu entscheidende Gericht klar ist, an welcher Richtschnur es sein Urteil auszurichten hat.

3.1.3.3 Modalitäten und Form der Akteneinsicht

Als fortschrittlich dürfen dafür die Modalitäten des Akteneinsichtsrechts bezeichnet werden, indem der Verteidigung ein Anspruch auf Zustellung der Akten zur Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts und zur Herstellung von Kopien eingeräumt wird (Art. 112 Abs. 2 VE), wenn die Verteidigung die Kopien nicht von der Behörde erstellen lassen will (Art. 112 Abs. 3 VE).

Tatsächlich können Akten, die allein an Einvernahmen und Berichten etc. fünf oder bereits zehn Bundesordner umfassen, nicht am Sitz der Behörde wirksam eingesehen werden, wo bloss Notizen gemacht werden können. Nur wer komplette Aktenkopien hat, kann im gegebenen Zeitpunkt die richtigen Ergänzungsfragen stellen⁶.

⁶ Man mag einwenden, es sei Haarspalterei, wenn verlangt wird, dass die Modalitäten des Akteneinsichtsrechts so detailliert geregelt werden. Dem ist nicht so, wie die Erfahrung in Basel-Stadt zeigt. In einem wie dem

3.2 RECHT AUF VERTEIDIGUNG

Das Recht auf Verteidigung ist wohl das zentralste Recht für Beschuldigte, um sich wirksam wehren zu können. Die fachliche Unterstützung ist für eine tatkräftige Ausübung der Teilnahmerechte unabdingbar, gibt es doch viele Formalien zu beachten und zu kennen, aber auch taktische Aspekte, die den Laien nicht bekannt sind.

3.2.1 Zeitpunkt des Beizugs einer Verteidigung

Eine Verteidigung ist erst dann wirksam, wenn sie vor der ersten Einvernahme mit der beschuldigten Person sprechen konnte, um sie über ihre wichtigsten Rechte aufzuklären und sie darauf vorzubereiten, welche Fragen seitens der Untersuchungsbehörde zu erwarten sind und wie vorteilhafterweise darauf zu antworten ist. Also ist nicht nur eine Verteidigung der ersten Stunde⁷, sondern vor der ersten Stunde zu verlangen (z.B. eine halbe Stunde vor der ersten Einvernahme, wobei der Verteidigung in groben Umrissen mitgeteilt werden muss, worin die Beschuldigung besteht), erst dann ist das Verfahren fair und kann von einigermassen gleich langen Spiessen geredet werden. Denn eine Verteidigung der ersten Stunde, die sich darauf beschränkt, dass die Verteidigung bei der ersten Einvernahme dabei sein darf, nützt nichts, solange sie mit der Klientschaft nicht vor dieser Einvernahme bspw. besprechen konnte, ob vom Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht werden soll oder nicht. Während der ersten Einvernahme kann diese Beratung nicht stattfinden und nach der ersten Einvernahme ist sie zu spät, sodass sie vor dieser stattfinden muss, wenn sie überhaupt einen Sinn haben soll.

3.2.2 Unentgeltliche Verteidigung

Das Recht auf Verteidigung ist solange ein Lippenbekenntnis, als nicht auch eine unentgeltliche Verteidigung möglich ist, denn wenige Angeschuldigte können

geschilderten Fall mit rund 5 Bundesordnern verweigerte die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt der Verteidigung das Recht, Kopien aus den Akten herzustellen. Es bedurfte eines Entscheides der Rekurskammer Basel-Stadt (RK 13/2000 vom 13.7.2000, E. 3.) als richterlicher Behörde im Vorverfahren, die feststellte, dass das Akteneinsichtsrecht auch das Recht umfasst, Kopien der Verfahrensakten herzustellen.

⁷ Diese verlangt auch PIRMIN FREI, Mitwirkungsrecht im Strafprozess, Bern 2001, S. 213.

sich selbst eine Verteidigung leisten, insbesondere in grösseren und umfangreichen Fällen oder wenn jemand in Haft ist. Das Recht auf Verteidigung wird erst dann ein Recht, das auch lebt, wenn nicht wegen mangelnder Kostendeckung auf eine solche verzichtet werden muss.

Der Vorentwurf nennt die unentgeltliche Verteidigung „amtliche Verteidigung“, obgleich an dieser nichts Amtliches ist. Das Wesensmerkmal dieser Verteidigung ist vielmehr, dass sie für die Beschuldigten unentgeltlich ist, sodass man sie besser auch so benennen sollte. Der Begriff der „amtlichen Verteidigung“ weckt im übrigen immer noch Erinnerungen an die überholten Vorstellungen der Verteidigung als staatliche Institution und entsprechenden Einschränkungen in der Verteidigungstätigkeit.

Eine amtliche Verteidigung ist möglich, wenn der Beschuldigten bedürftig ist und zudem die Voraussetzungen der *notwendigen Verteidigung* gegeben sind (Art. 138 Abs. 1 VE). Eine Verteidigung ist notwendig (Art. 136 VE):

- nach fünf Tagen Haft (Variante: 10 Tage),
- wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 1 Jahr zu erwarten ist,
- bei Jugendlichkeit oder wenn aus körperlichen, geistigen oder anderen Gründen die Beschuldigten ihre Rechte nicht selbst genügend wahren können,
- wenn die Staatsanwaltschaft vor Gericht persönlich auftritt.
- Zusätzlich ist eine amtliche Verteidigung möglich, wenn es sich nicht um eine Bagatelle handelt oder rechtliche resp. tatsächliche Schwierigkeiten bestehen, die der Beschuldigte nicht allein meistern kann (Art. 138 Abs. 2 und 3 VE).

Soweit entspricht diese Regelung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Im wichtigsten Verfahrensstadium aber, bei der Anordnung von Haft, sind die Beschuldigten streng genommen ohne Verteidigung, da das Haftanordnungsverfahren vor Ablauf der Wartefrist für die unentgeltliche Verteidigung von 5 Tagen entschieden sein muss und nirgends festgehalten ist, dass auch für das Haftanordnungsverfahren Anspruch auf eine unentgeltliche Verteidigung besteht. Es ist aber wirkungslos, erst danach eine Verteidigung zu ermöglichen, denn die Verteidigung muss beim Haftanordnungsverfahren anwesend sein und dort für die Rechte der zu Inhaftierenden kämpfen, insbesondere wenn man beachtet, mit

welchen weiteren Einschränkungen die Haft verbunden werden kann: Erstmalige Haftanordnung bis zu 3 Monaten⁸, verbunden mit der Auflage, innert einer bestimmten Frist, die bis ebenfalls 3 Monate dauern kann, kein Haftentlassungsgesuch stellen zu dürfen (Art. 238 Abs. 3). Liegt ein solcher Entscheid vor, kann die amtliche Verteidigung nach 5 Tagen nichts mehr machen, als während 3 Monaten auf den nächsten Haftrichtertermin zu warten.

Sollte tatsächlich die Meinung sein, dass bei der erstmaligen Haftanordnung kein Anspruch auf eine unentgeltliche Verteidigung besteht, so dürfte dieses Verständnis sicher EMRK-widrig sein, auf jeden Fall aber Art. 29 Abs. 3 BV widersprechen. Wenn nach dem Vorentwurf eine unentgeltliche Verteidigung auch im Haftanordnungsverfahren möglich ist, dann muss das auch so ins Gesetz aufgenommen werden.

Es ist weiter nicht einzusehen, warum der Vorentwurf *hinter* die heute geltenden bundesrechtlichen Ansprüche auf unentgeltliche Verteidigung zurückgehen soll. Gemäss Art. 36 Abs. 1 BStP hat *der Richter immer eine amtliche Verteidigung zu bestellen, wenn der Betroffene sich in Haft befindet* und er selbst keine Verteidigung beauftragt, und selbst im Verwaltungsstrafverfahren muss gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. b VStrR nach drei Tagen Haft für die weitere Dauer derselben eine amtliche Verteidigung bestellt werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass bei Haft mindestens für das Haftanordnungsverfahren eine unentgeltliche Verteidigung möglich sein muss, dass dies ausdrücklich in Art. 237 VE zu verankern ist, ebenso wie die Pflicht, die zu verhaftende Person auf dieses Recht aufmerksam zu machen.

Die Honorierung im Haftanordnungsverfahren muss unkompliziert und ohne Vorlage von Unterlagen und Beweisen über die Hablosigkeit der beschuldigten Person erfolgen^{9 10}, andernfalls dieses Recht nie effektiv wahrgenommen werden

⁸ Diese Maximalfrist wird im Gesetz – unverständlicherweise – nicht genannt; sie ergibt sich nur aus der Pflicht der Staatsanwaltschaft, gemäss Art. 240 Abs. 2 nach drei Monaten ein Haftverlängerungsgesuch zu stellen, wenn das Haftgericht die Haftdauer nicht beschränkt hat. Das ist unhaltbar. Wer in Haft genommen wird hat Anspruch darauf zu wissen, bis wann die Haftanordnung gültig ist. Alles andere ist einem Rechtsstaat unwürdig.

⁹ So bewilligt in Basel-Stadt der Haftrichter allein gestützt auf die eigenen Angaben der beschuldigten Person zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen die unentgeltliche Verteidigung im Rahmen einer Pauschale. Auch wenn die zu verhaftende Person angibt, Einkommen und Vermögen zu haben, wird auf Antrag das

kann, weil es der Verteidigung nie möglich sein wird, innert der kurzen Frist den Nachweis der Bedürftigkeit – und das erst noch belegt – zu erbringen, oder andererseits eine genügende Kostendeckung erhältlich zu machen.

3.3 DIE MITWIRKUNGSRECHTE

Die Mitwirkungsrechte umfassen:

- die Teilnahmerechte
- die Mitwirkung bei der Bestellung von Sachverständigen
- das Beweisantragsrecht
- und die eigenen Ermittlungen der Verteidigung.

3.3.1 Die Teilnahmerechte

Dass im Vorabklärungsverfahren¹¹ keine Teilnahmerechte gewährt werden, versteht sich ohne weiteres, da in diesem Stadium noch keine Beschuldigten definiert sind. Die folgenden Betrachtungen beschränken sich deshalb auf das polizeiliche Ermittlungsverfahren und das Untersuchungsverfahren.

3.3.1.1 Die Teilnahmerechte im polizeilichen Ermittlungsverfahren

Weder aus der Bundesverfassung noch aus der EMRK ergibt sich eine Garantie, dass die Verteidigung an Beweiserhebungen direkt, d.h. unmittelbar, teilnehmen kann. Einzig über den Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Ge-

Honorar aus der Gerichtskasse vorgeschossen, die sich dann selbst um das Inkasso bei der verhafteten Person bemüht.

¹⁰ Gemäss den Angaben des vorsitzenden Präsidenten des Strafgerichts Basel-Stadt bewirken die unterschiedlichen Regelungen in Basel und Zürich, dass in Basel-Stadt ca. 80% der vorläufig Festgenommenen an der Haft- richter-verhandlung vertreten sind, in Zürich seien es hingegen bloss ca. 20%. Das belegt zur Genüge, dass eine wirksame Verteidigung nur dann möglich ist, wenn die Honorierung derselben sichergestellt ist.

¹¹ Reicht die Intensität des Tatverdaches für die Eröffnung einer Strafverfolgung nicht aus, kann ein Vorab- klärungs- verfahren durchgeführt werden mit dem Ziel, diesen Verdacht soweit zu klären, dass das Verfahren entweder eröffnet werden oder mittels Nichtanhandnahmeverfügung erledigt werden kann. Diese Nichtanhand- nahmeverfügung soll nicht anfechtbar sein (Art. 340 Abs. 5 VE). Das ist nicht sachgerecht, da die Untersu- chungsbehörde allenfalls eine Anzeige falsch interpretiert oder insbesondere das materielle (Straf-)Recht falsch anwendet, wenn sie die Nichtanhandnahme damit begründet, dass ein Straftatbestand nicht erfüllt sei. Hier muss eine Kontrolle eingebaut werden, da die Nichtanfechtbarkeit dieser Verfügung die Gefahr von Missbrauch öff- net.

hört fließen bundesrechtliche Minimalgarantien, die sich aber darauf beschränken, dass das Ergebnis dieser Beweiserhebungen der Verteidigung zur Kenntnis zu bringen ist und dass sie sich dazu äussern können.

Aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d der EMRK fliesst sodann das Recht, Ergänzungsfragen an Belastungszeugen stellen zu können.

Der Vorentwurf ist insofern gegenüber dem geltenden Bundesrecht fortschrittlich, indem er ein *generelles Teilnahmerecht* statuiert, was aber nichts Besonderes darstellt, da die bundesrechtlichen Garantien völlig ungenügend sind. Dieses generelle Teilnahmerecht gilt aber *nur im Untersuchungsverfahren*, im polizeilichen Ermittlungsverfahren nicht oder nur beschränkt. Für einige Kantone mag das immer noch einen Fortschritt darstellen (so sicher für Zürich), für andere, die den Anwalt der ersten oder zweiten Stunde kennen, aber ein Rückschritt (etwa für Basel-Stadt und Basel-Landschaft).

Dem Vorentwurf ist anzulasten, dass er die Frage der Teilnahmerechte unheimlich verkompliziert, indem ein *polizeiliches Ermittlungsverfahren* (Art. 333 ff. VE) dem eigentlichen Untersuchungsverfahren vorangestellt wird. Im polizeilichen Ermittlungsverfahren lautet der Grundsatz, dass die Verteidigung *keine Teilnahmerechte* hat. Sie kann nie an Einvernahmen von Auskunftspersonen oder Zeugen teilnehmen (Art. 168 Abs. 3 VE).

An *Einvernahmen der beschuldigten Person* kann die Verteidigung nur teilnehmen, wenn diese in Haft ist (Art. 168 Abs. 2 und 3 VE), was gemäss Begleitbericht als Ausfluss der Forderung nach einem Anwalt der ersten Stunde zu verstehen ist¹², nie aber, wenn der Angeschuldigte auf freiem Fuss ist. Diese „beschränkende Interpretation“ des Anwalts der ersten Stunde nur auf Haftfälle überzeugt nicht. Der Bericht zum VE hält zurecht fest, dass die Schweiz bereits gerügt wurde, weil ein "Anwalt der ersten Stunde" fehlt¹³, sodass es nun angezeigt sei, diesen Mangel im VE zu beheben. Es ist deshalb nicht verständlich, wenn dieser „Anwalt der ersten Stunde“ auf Haftfälle beschränkt wird, weil das Kriterium „Haft“ nicht tauglich dafür ist, diejenigen Fälle, bei denen der „An-

¹² Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 124 ff.

¹³ Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 125 oben.

walt der ersten Stunde“ als unerlässlich erachtet wird, von den anderen zu unterscheiden¹⁴.

Verlangt der nichtinhaftierte Beschuldigte dennoch die Anwesenheit der Verteidigung und will die Polizei diese nicht zulassen, so ist die Einvernahme nur gültig, wenn die dortigen Angaben später in Anwesenheit der Verteidigung bei der Staatsanwaltschaft oder vor Gericht wiederholt resp. bestätigt wurden (Art. 168 Abs. 4 VE). Diese Komplizierung ist nicht nachvollziehbar, sondern berücksichtigt unberechtigte Ängste der Polizei gegenüber einer Teilnahme der Verteidigung an der Einvernahme. Die Befürchtung, bei Anwesenheit der rechtskundigen Verteidigung gerate die Polizei ins Hintertreffen, wurden auch in Basel-Stadt und Basel-Landschaft erhoben, haben sich aber allesamt als unberechtigt herausgestellt¹⁵.

Im übrigen wird diese Bestimmung dazu führen, dass die Polizei regelmässig die Verteidigung ausschliesst, sodass viele polizeilichen Einvernahmen wiederholt werden müssen, was nicht der Vorstellung eines effizienten Verfahrens entspricht.

Mit anderen Worten, faktisch gilt immer ein Teilnahmerecht der Verteidigung an der Einvernahme der beschuldigten Person (entweder von Gesetzes wegen oder aber polizeiliche Einvernahmen sind nicht verwertbar, wenn die beschuldigte Person diese Teilnahme verlangt hat und sie dennoch nicht bewilligt wurde), sodass nicht einzusehen ist, was mit der Verkomplizierung in Art. 168 Abs. 4 VE gewonnen wird, ganz im Gegenteil. Es sind nur Rechtsstreite darüber zu erwarten, ob nun die Anwesenheit genügend klar verlangt wurde, sodass die polizeiliche Einvernahme zu wiederholen oder – mangels einer solchen Wiederholung – unverwertbar ist etc. Der Entwurf kann in dieser Form

¹⁴ So kann bei einem Kriminaltouristen Fluchtgefahr gegeben und deshalb Haft gerechtfertigt sein, wohingegen bei einem grossen Wirtschaftsstraffall keine Haft angeordnet wird, weil die Beweise (Urkunden, Computer und Aufzeichnungsmittel) bei der ersten Haussuchung samt und sonders beschlagnahmt werden konnten. Dennoch ist klar, dass „der Anwalt der ersten Stunde“ im zweiten Fall angezeigt ist als im ersten. Oder Haft wird einzig wegen Fluchtgefahr eines ausländischen Beschuldigten angeordnet, der Sachverhalt ist im übrigen aber wenig kompliziert und sein schweizerischer Mittäter ist auf freiem Fuss belassen worden. Auch hier zeigt sich, dass die Haft nicht das taugliche Kriterium zur Frage ist, wann der „Anwalt der ersten Stunde“ gewährt werden soll und wann nicht.

¹⁵ In Basel-Stadt hat seit Inkrafttreten der neuen StPO per 1.1.1998 einen Anwalt der zweiten Stunde, Basel-Landschaft seit dem 1.1.2000 einen solchen der ersten Stunde. Beide Kantone kennen kein polizeiliches Ermittlungsverfahrens.

schon gar nicht Anspruch erheben, einfach und klar und auch für Laien verständlich zu sein, was man aber von einem modernen Verfahrensgesetz muss verlangen können.

Das weitere angesprochene Problem, dass bei Anwesenheitsrecht der Verteidigung keine Einvernahmen am Unfallort mehr gemacht werden können, wird vermieden, wenn das polizeiliche Ermittlungsverfahren ganz einfach gestrichen wird und die Polizei bloss Rapporte erstellt, in welchen die Aussagen der Beteiligten in direkter Rede wiedergegeben werden, ohne dass die Beteiligten diese Aussagen aber unterzeichnen, und die förmliche Befragung zu Protokoll später unter Wahrung der Parteirechte erfolgt, sei es durch die Polizei oder durch die Staatsanwaltschaft, im förmlichen Untersuchungsverfahren. In Basel-Stadt und Basel-Landschaft mindestens funktioniert das bestens.

Ob nun die Teilnahmerechte effektiv zum Tragen kommen oder nicht, hängt weiter davon ab, welches *Eigenleben* dieses polizeiliche Ermittlungsverfahren entwickeln wird. Je nach dem, ob es sehr ausgedehnt stattfindet, werden die Teilnahmerechte faktisch ausgehebelt. Ist es hingegen sehr kurz, ist die Beeinträchtigung geringer. Ob das polizeiliche Ermittlungsverfahren nur ein sehr kurzes sein soll oder nicht, ergibt sich aus dem Vorentwurf nicht genügend klar, insbesondere dann nicht, wenn berücksichtigt wird, dass die Staatsanwaltschaft der Polizei den Auftrag erteilen kann, ein solches Vorverfahren durchzuführen (vgl. Art. 333 Abs. 1 VE). Bei weiter Auslegung des Begriffs des polizeilichen Vorverfahrens kann dieses so weit gehen, dass die Polizei den Sachverhalt pfannenfertig abklärt, sämtliche Einvernahmen durchführt und dann die Akten an die Staatsanwaltschaft abgibt, die dann bloss noch die Anklage formulieren muss und selbst überhaupt keine eigenen Beweiserhebungen mehr vornimmt.

Im übrigen ist ein Widerspruch zwischen dem Begleitbericht und dem Vorentwurf auszumachen, wenn der Begleitbericht davon spricht, das polizeiliche Ermittlungsverfahren enthalte bloss den „ersten Angriff“ der Polizei, der Gesetzestext aber viel weiter geht und Ermittlungshandlungen zulässt, die weit über den ersten Zugriff hinaus gehen. Für den ersten Zugriff braucht es insbesondere keine Kompetenz der Polizei, Einvernahmen durchzuführen.

3.3.1.2 Die Teilnahmerechte im (staatsanwaltlichen) Untersuchungsverfahren

Im Untersuchungsverfahren sind die Teilnahmerechte zu wahren, vollumfänglich aber nur bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft. Bei den an die Polizei delegierten Beweiserhebungen müssen die Teilnahmerechte der Parteien nur *"angemessen"* gewahrt werden (Art. 343 Abs. 4 VE) und auch das nur bei Einvernahmen von Beschuldigten. Da der Unterschied zwischen vollständiger Wahrung der Parteirechte und bloss angemessener nicht allgemeingültig fassbar ist, wird auch diese Bestimmung nur wieder zu langen Diskussion und Rechtsstreiten über deren Auslegung Anlass geben, sodass das Wort „angemessen“ schlicht zu streichen ist.

Ungeregt ist im übrigen, inwiefern die Teilnahmerechte der Parteien zu wahren sind, wenn die Polizei Zeugeneinvernahmen durchführt, wozu sie gemäss Art. 151 Abs. 3 VE berechtigt sein kann, da das in Art. 343 Abs. 5 VE statuierte Teilnahmerecht sich vom Kontext her nur auf die Einvernahmen von Beschuldigten bezieht. Es muss somit klärend eingefügt werden, dass die Verteidigung bei allen von der Staatsanwaltschaft an die Polizei delegierten Einvernahmen das Recht auf Teilnahme hat, andernfalls es nur zwangsläufig zu vielen Wiederholungen der Untersuchungshandlung kommen muss, in welcher dann die Teilnahmerechte vollständig gewahrt werden, was dem anderen Postulat des VE, ein effizientes Verfahren vorzuschlagen, diametral entgegen läuft.

3.3.1.3 Der Inhalt des Teilnahmerechts: ein Recht auf Intervention?

Das Anwesenheitsrecht der Verteidigung kann verschiedenen Zwecken dienen. Einer der damit angestrebten Zwecke ist sicherzustellen, dass Einvernahmen und andere Beweiserhebungen gesetzmässig ablaufen und keine Einwände mehr seitens der Beschuldigten erhoben werden, sie seien bspw. durch unlaute Methoden zu Aussagen gezwungen worden oder die Einvernahme sei aus anderen Gründen nicht rechtmässig gewesen, sodass sie nicht verwertet werden könne (bspw. weil eine Frage oder ein Vorhalt sich auf eine unbewiesene Tatsache bezieht, was gemäss Art. 154 Abs. 4 VE verboten ist).

Ein weiterer Punkt, der nach den Erfahrungen immer wieder zu erheblichen Diskussion Anlass gibt, ist der *Inhalt und die Korrektur des Protokolls*. Dass es neuerdings immer häufiger dazu kommt, hängt von den verwendeten technischen Hilfsmitteln ab. Solange die einvernehmende Person Fragen an und Antworten der beschuldigten Person einem Protokollführer diktiert hat, konnte die Verteidigung direkt mithören, ob Frage und Antwort richtig protokolliert werden oder ob etwas wesentliches ausgelassen wurde und dementsprechend intervenieren. Mit den neuen Methoden der EDV werden Einvernahmen oftmals nur noch von einer Person durchgeführt, die zudem ihre Fragen häufig bereits vorbereitet auf dem Bildschirm vor sich hat. Bei einer solchen Befragung kann die Verteidigung nicht kontrollieren, welche Antworten und nicht vorbereitete Zusatzfragen niedergeschrieben werden, weil ihr der Blick auf den Bildschirm regelmässig verwehrt wird, damit sie die vorbereiteten Fragen nicht sehen und damit den Beschuldigten nicht vorwarnen oder beeinflussen kann. Um hier wieder Waffengleichheit herzustellen und der Verteidigung die Wahrnehmung ihrer Aufgaben wieder zu ermöglichen, müssen Einvernahmen entweder konsequent mitgeschnitten oder der Verteidigung auf andere Art und Weise die Möglichkeit gegeben werden, dass sie bei der direkten Protokollierung umgehend und nicht erst am Schluss einer langen Einvernahme kontrollieren kann, dass das Protokollierte auch dem effektiv Gesagten entspricht. Damit vermeidet man unnötige Schreibübungen der Verteidigung, die sonst die gesamte Einvernahme mitschreiben muss, und Diskussionen, ob nun das von der Untersuchungsbehörde Protokollierte richtig ist oder die Handnotizen der anwesenden Parteien.

Wenn das Anwesenheitsrecht der Verteidigung Rechtsschutzfunktionen hat, so müssen die Befugnisse der Verteidigung auch entsprechend ausgestaltet sein, d.h. die Verteidigung muss intervenieren können. Das kann auf verschiedene Art und Weise geschehen. Denkbar ist, dass die Verteidigung sofort intervenieren darf, wenn sie etwas Ungesetzliches wahrzunehmen meint, mindestens indem sie einen Protest anmeldet und dieser zu Protokoll genommen werden muss. Die im Vorentwurf vorgesehene Berichtigung der Protokolle vor (Art. 89 VE), die zuletzt im Rahmen einer Beschwerde vom Verfahrensgericht entschieden werden müsste, ist dabei untauglich, da der erwähnte Streit, was nun

während der Einvernahme tatsächlich ausgesagt wurde, resp. inwiefern das Protokoll dies richtig und vollständig festhält oder nicht, von einer gerichtlichen Instanz nicht beurteilt werden kann, da diese an dieser Einvernahme ja gerade *nicht* teilgenommen hat und somit völlig unklar ist, worauf sie sich bei ihrem Entscheid stützen will. Diese Verfahren auf Berichtigung der Protokolle ist somit zu streichen, zumindest wäre klarzustellen, dass durch die Berichtigungsmöglichkeit das Recht auf Intervention in der Einvernahme selbst nicht aufgehoben ist. Andernfalls steht jetzt schon zu befürchten, dass die Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf diese Berichtigungsmöglichkeit jede Intervention der Verteidigung unterbinden wird. Dies kann sie tun, weil ihr im Vorverfahren als Verfahrensleitung sitzungspolizeiliche Befugnisse zukommen, die von Verwarnung über Wortenzug bis hin zum Ausschluss von der Verhandlung (resp. eben Einvernahme) reichen. Wenn eine Verteidigung von ihrem Interventionsrecht also ausgiebig Gebrauch macht, riskiert sie, aus der Einvernahme gewiesen zu werden.

Nur nebenbei sei erwähnt, dass – um ein Berichtigungsverfahren durchführen zu können – die Verteidigung umgehend Kopien der Einvernahmen erhalten muss, andernfalls kann sie Unstimmigkeiten und Fehler im Protokoll schon gar nicht feststellen. Stellt sie solche Fehler erst im Rahmen einer späteren Akteneinsicht fest, so liegt es nicht im Interesse einer beförderlichen Durchführung des Strafverfahrens, wenn lange nach erfolgten Einvernahmen Berichtigungsverfahren (inkl. allfälliger Beschwerden) durchgeführt werden. Deshalb ist es sehr viel sinnvoller, solche Differenzen sofort auszutragen, zumindest aber festzuhalten. Dabei kann das Berichtigungsverfahren ohne Schaden ersatzlos gestrichen werden.

3.3.1.4 Das Fragerecht im Besonderen als Inhalt des Teilnahmerechts

Dass die Verteidigung das Recht hat, Ergänzungsfragen an die beschuldigte Person zu stellen, ergibt sich aus Art. 159 Abs. 1 VE. Dies ist an sich unproblematisch.

Schwierigkeiten wird etwas ganz anderes bieten. Bevor die Verteidigung weiss, welche Ergänzungsfragen sie stellen muss, muss sie wissen, was protokolliert wurde (dazu vgl. hievor), weil allenfalls Unklarheiten in der Aussage durch Ergänzungsfragen oder aber unklare Protokollierungen durch solche geklärt werden müssen. Ob solche Unklarheiten vorhanden sind, weiss die Verteidigung vor der Durchsicht des Protokolls gerade nicht. In der Praxis können somit Ergänzungsfragen erst und nur gestellt werden, wenn das Protokoll vorläufig der Verteidigung zur Durchsicht gegeben wurde.

Als Spezialfall ist das Stellen von Ergänzungsfragen bei rechtshilfeweisen Befragungen im Ausland zu erwähnen. Hier sieht Art. 158 Abs. 5 VE vor, dass dem Fragerecht Genüge getan ist, wenn zuhanden der ausländischen Behörden Fragen formuliert werden konnten und nach Eingang des Protokolls nochmals Ergänzungsfragen gestellt werden können. Ein persönliches Anwesenheitsrecht im Ausland gibt der Vorentwurf somit nicht¹⁶, dieses kann sich allenfalls aus der massgebenden ausländischen Verfahrensordnung ergeben. Ein solches Fragerecht ist aber problematisch, da vielleicht die erste Ergänzungsfrage schriftlich formuliert werden kann, die weiteren aber nicht, da deren Inhalt von der Antwort auf die erste Frage abhängt.

Ein weiteres Problem könnte sich diesbezüglich im Zusammenhang mit dem Recht gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ergeben, dem Recht, die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen bewirken zu können, wenn die Belastungszeugen in der Schweiz befragt wurden, die Entlastungszeugen aber rechtshilfeweise befragt werden müssten.

¹⁶ Dies wohl zur Vermeidung, dass die Verteidigung die Unverwertbarkeit der ausländischen, rechtshilfeweise vorgenommenen, Beweiserhebung beantragt wegen Verletzung der Teilnahmerechte. Beweise, auch ausländische, müssen nach den Regeln des für das betreffende Verfahren geltende kantonale Verfahrensrecht erhoben werden (vgl. Urteil des Kassationsgerichts Zürich, Kass.-Nr. 95/168 S). Ist dies nicht der Fall, riskiert die Untersuchungsbehörde die Unverwertbarkeit der Beweiserhebung, was nun mit der erwähnten Bestimmung umgangen wird.

3.3.1.5 Einschränkung des Teilnahmerechts: Schutzmassnahmen (Art. 160 ff.)

Seit BGE 125 I 127 ff., insbesondere E. 6., S. 131 ff, und E. 7., S. 141 ff., ist zwar klar, dass gestützt auf Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK dem Grundsatz nach ein persönliches Anwesenheitsrecht bei der Einvernahme von Zeugen und Auskunftspersonen besteht, aber auch, dass dieses Recht eingeschränkt werden kann, und zwar sehr stark¹⁷.

Vom Bundesgericht bereits abgesegnet sind: Ausschluss der Öffentlichkeit, Veränderung von Stimme und Aussehen, Abschirmung der einzuvernehmenden Person und Einschränkung (aber nicht der völlige Ausschluss) des Akteneinsichtsrechts¹⁸.

Noch nicht klar entschieden ist, ob der Ausschluss des Angeschuldigten zulässig ist. Ein Entscheid der Strassburger Organe scheint dies zu implizieren¹⁹. Findet aber eine akustische und/oder visuelle Abschirmung statt, wird sich der Ausschluss des Beschuldigten in aller Regel erübrigen.

Besondere Brisanz hat der Ausschluss des Beschuldigten durch das OHG, indem in Art. 5 Abs. 4 das Opfer die Konfrontation mit dem Beschuldigten verweigern kann, es sei denn, der Anspruch des Beschuldigten auf Wahrung des rechtlichen Gehörs oder ein überwiegendes Interesse der Strafverfolgung erfordere sie zwingend. Wann das genau der Fall ist, ist – soweit ersichtlich – bis heute ungeklärt. Auf jeden Fall ist aus Sicht der Verteidigung eine Konfrontation des Opfers mit dem Beschuldigten bei strittigem Sachverhalt unausweichlich, weil nur der Beschuldigte – wenn überhaupt – beim fraglichen Delikt anwesend sein konnte und somit nur er geeignete Zusatzfragen formulieren kann. Dabei berücksichtigt der VE die modernen Kommunikationstechniken zu we-

¹⁷ Diese Rechtsprechung kann dahingehend zusammengefasst werden, als dass der andere Grundsatz des fairen Verfahrens unter dieser Einschränkung nicht übermässig leiden darf, sondern das Verfahren muss in seiner Gesamtheit nach wie vor als fair bezeichnet werden können. Dies ist insbesondere dann heikel, wenn Zeugen anonym einvernommen werden. Dann muss der Verlust an Verteidigungsrechte durch die Anonymisierung des Zeugen durch geeignete Massnahmen kompensiert werden, damit die Verteidigung immer noch als effektiv bezeichnet werden darf. Ist dies nicht möglich und stehen – nebst der anonymen Zeugenaussage – keine anderen Beweismittel zur Verfügung, so darf für eine Verurteilung nicht bloss auf diese abgestellt werden.

¹⁸ Vgl. BGE 125 I 127 ff., insbesondere S. 148 ff.

¹⁹ Vgl. Nichtzulassungsentscheid der Europ. Menschenrechtskommission vom 4.3.1998, VPB 1998 Nr. 107, und Urteil Doorson gegen Niederlande, Recueil 1997, S. 446, wo der anonyme Zeuge mit dem Rechtsvertreter und ohne Beisein des Beschuldigten konfrontiert wurde.

nig. Seit der Einführung von Videodirektübertragungen von Einvernahmen in andere Räume kann dem Anspruch des Opfers gemäss Art. 5 Abs. 4 OHG (Verweigerung der direkten Begegnung zwischen Opfer und Täter) bestens Rechnung getragen werden, ohne dass dabei der Beschuldigte darauf verzichten müsste, die Einvernahme "live" miterleben zu können, und er kann unmittelbar über Telefon oder Gegensprechanlage Ergänzungsfragen stellen. Die bisherige Praxis, den Beschuldigten von der Einvernahme auszuschliessen und nur die Verteidigung zuzulassen, erübrigt sich damit, und eine blosses Stellvertretung durch die Verteidigung bei solchen Einvernahmen ist aus den obgenannten Gründen weder effektiv noch zum Schutz des Opfers nötig.

Fraglich ist zum zweiten, ob eine erstmals zugesicherte Anonymitätswahrung beliebig lange und trotz sich verändernder Verhältnisse aufrecht erhalten werden darf. Das Bundesgericht hat sich im erwähnten Entscheid²⁰ dahingehend ausgesprochen, dass aufgrund des Vertrauensschutzes, den bspw. eine V-Person in diese Zusicherung haben kann und darf, die Zusicherung der Anonymität nicht zurückgezogen werden kann, dass aber die anonymen Zeugen aussagen unverwertbar werden, wenn die Zusicherung der Vertraulichkeit sich im Nachhinein als unverhältnismässig herausstellt. Diese Einschränkung der Anonymitätszusicherung erwähnt der Vorentwurf nicht, sondern er erklärt in Art. 162 Abs. 4 eine einmal abgegebene Vertraulichkeitszusage als unwiderruflich und alle Instanzen bindend. Dennoch werden die Grundsätze des Bundesgerichts nach wie vor beachtlich bleiben und man wird sich nicht auf den Standpunkt stellen können oder dürfen, diese seien durch den VE als unanwendbar erklärt worden.

3.3.2 Mitwirkung bei der Bestellung von Sachverständigen und der Bestimmung der Gutachterfragen

Dieses Teilnahmerecht findet sich in Art. 192 Abs. 2 VE. Es dient dazu, Ausstandsgründe geltend machen zu können, bevor das Gutachten erstellt ist und damit Wiederholungen des Gutachtens zu vermeiden. Ebenso werden aufwändi-

²⁰ BGE 125 I 127 ff., insbesondere S. 157 ff.

ge Ergänzungen des Gutachtens und damit verbundene Verzögerungen vermieden, wenn die Verteidigung bei der Formulierung der Gutachterfragen miteinbezogen werden.

In Art. 192 Abs. 2 VE werden diese Rechte aber gerade wieder eingeschränkt für den Fall, dass die Person des Sachverständigen oder die Fragestellung vorgegeben sind. Das kann natürlich nicht sein und diese Einschränkung ist aufzuheben. Entsprechende Anträge der Verteidigung können zwar abgelehnt, das Recht, sie zu erheben, kann aber nicht generell ausgeschlossen werden, da es im Rahmen des rechtlichen Gehörs von Verfassungswegen geschützt ist. Gerade bei Gutachten, die bei staatlichen Stellen eingeholt werden, können Ablehnungsgründe sehr wohl berechtigt und angezeigt sein, so insbesondere gegenüber wissenschaftlichen Diensten, die innerhalb der Strafverfolgungsbehörde selbst angesiedelt sind. Dass ein subjektiver Eindruck der mangelnden Unabhängigkeit entsteht, lässt sich dort nicht von der Hand weisen, denn eine solche Behörde wird "ohne Not" inhaltlich nicht gegen die Interessen ihrer Auftraggeberchaft begutachten. Gerade dort, wo keine mathematisch genauen wissenschaftlichen Gutachten erstellt werden (so bspw. bei psychiatrischen Gutachten), kann eine Monopolstellung des Gutachters (z.B. des Gerichtsmediziners oder der Gerichtspsychiaterin) höchst problematisch sein, insbesondere dann, wenn diese Person in wissenschaftlichen Abhandlungen eine bestimmte Auffassung zu sich immer wieder stellenden Fragen bereits abgegeben hat, oder wenn diese Haltung aus vielen früheren Gutachten schon bekannt ist. Dann wird sich die Verteidigung gegen ein solches Gutachten nur mittels eines Gegengutachtens zur Wehr setzen können, was aber oft an der Finanzierungsfrage scheitern dürfte.

3.3.3 Beweisantragsrecht

3.3.3.1 Allgemeines

Kernstück jeder Verteidigung ist das Beweisantragsrecht. Es entstammt der Erkenntnis, dass die Strafuntersuchungsbehörde eine einseitige Akte erstellt, aus der eine bestimmte Geschichte resultiert, die ein auf Bestätigung des Anfangsverdachts gerichtetes und insofern eben vorbestimmtes Resultat ergibt. Man

wird dagegen einwenden, die Strafuntersuchungsbehörden seien ja verpflichtet, auch alles zu ermitteln, was zugunsten der beschuldigten Person spricht. Das trifft zwar zu und dieser Grundsatz ist auch in Art. 6 Abs. 2 VE verankert. Nichts desto trotz ist die Realität eine andere. Die menschliche Psyche neigt dazu, einen gefassten Verdacht nicht neutral zu verfolgen, sondern im Hinblick darauf, dass er sich bestätigt. Beweisergebnisse, die den Verdacht nicht bestätigen, werden – mindestens so lange, wie sie nicht gehäuft auftreten – als unerheblich beiseite geschoben. Würde die Strafverfolgung immer auch zugunsten der Beschuldigten ermitteln, gäbe es keine Justizirrtümer. Die Wirklichkeit und die Forschung lehren uns das Gegenteil²¹. Faktum ist somit, dass die Strafakte, die dem Sachrichter zur Beurteilung vorgelegt wird, die Geschichte aus der Sicht der Staatsanwaltschaft wiedergibt und damit nicht die gleiche Geschichte ist, wie sie der Angeschuldigte erlebt hat.

Je stärker das Beweisantragsrecht des Beschuldigten bereits im Vorverfahren ausgestaltet ist, desto kleiner ist die Gefahr, dass die Akte ein allzu einseitiges Bild wiedergibt. Je später der Beschuldigte und die Verteidigung mit eigenen Beweisanträgen Korrekturen anbringen können, desto schwieriger wird das Unterfangen und um so grösser auch der Aufwand.

Ob ein Beweisantragsrecht wirksam ist, zeigt sich darin, wie verbindlich der Beweisantrag für die Verfahrensleitung ist und wie wenig oder wie viel Spielraum ihr zur antizipierenden Beweiswürdigung verbleibt.

3.3.3.2 Das Beweisantragsrecht im Vorverfahren

Im Vorverfahren kann die beschuldigte Person jederzeit beliebige Anträge stellen, die aber für die Staatsanwaltschaft keinerlei Verbindlichkeit haben und nach Belieben gutgeheissen oder abgelehnt werden können (vgl. Art. 177 Abs. 3 lit. e und Art. 119 Abs. 2 VE). Das muss als völlig ungenügend bezeichnet

²¹ Vgl. etwa die Forschung von K. PETERS über die Fehlerquellen im Strafprozess und der Fall der bereits erwähnten "Birmingham-Six"

werden. Die Verteidigung hat überhaupt keine Möglichkeit, ihr Beweisantragsrecht auch nur ansatzweise durchzusetzen. Denn lehnt die Staatsanwaltschaft den Beweisantrag ab, besteht dagegen nicht einmal eine Beschwerdemöglichkeit (vgl. Art. 463 Abs. 1 lit. a VE), es sei denn, aus der Ablehnung entstehe ein Rechtsnachteil. Einen solchen Nachteil kann der Beschuldigte wohl nur dann nachweisen, wenn der Verlust des Beweismittels mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht werden kann (als bspw. ein gesundheitlich sehr angeschlagener Zeuge). Für die antizipierte Beweiswürdigung besteht somit beliebig viel Spielraum und damit auch die entsprechende Gefahr der einseitigen Erforschung der "Wahrheit". Das ist klar ungenügend.²²

Dafür sieht dann aber der Entwurf vor, dass die Verteidigung und die angeschuldigte Person nach Abschluss des Vorverfahrens gerade mal eine Frist von 10 Tagen (!!!) erhalten, die nicht erstreckbar ist, da es sich um eine gesetzliche Frist handelt (vgl. Art. 102 Abs. 2 VE), um ergänzende Beweisanträge zu stellen (Art. 349 Abs. 2 VE). Es ist schlicht unmöglich, innert dieser Frist Fälle mit grösseren Aktenstössen seriös durchzuarbeiten und relevante Anträge zu stellen. Die 10-Tagesfrist befremdet umso mehr, als die Staatsanwaltschaft je nach dem jahrelang an einem Fall arbeiten kann. Von Waffengleichheit kann auf jeden Fall keine Rede sein.

Dieses Recht, nach Abschluss des Vorverfahrens Anträge auf Beweisergänzungen zu stellen, ist von um so grösserer Bedeutung, als erst in diesem Verfahrensstadium absehbar ist, auf welche Anklage die Staatsanwaltschaft tendiert (Betrug oder Veruntreuung?) und erst damit ist klar, auf welcher Linie verteidigt und dementsprechend entlastende Beweisanträge gestellt werden müssen. Diese Problematik verschärf sich umso mehr, wenn bei einer Einzelrichterkompetenz von bis zu 3 Jahren Freiheitsentzug kein unmittelbares Beweisverfahren vor Gericht mehr durchgeführt wird.

In dieser Gesamtheit betrachtet ist die 10-Tagesfrist zur Stellung von ergänzenden Beweisanträgen nach Abschluss des Vorverfahrens eine klare Verletzung des Gebots der Waffengleichheit.

²² Vgl. PIRMIN FREI, Mitwirkungsrecht im Strafprozess, Bern 2001, S. 230, der ein generelles Verbot der antizipierten Beweiswürdigung verlangt, zumindest aber verlangt, dass Beweisanträge nur ausnahmsweise und nach gesetzlich klar und eng umschriebenen Gründen abgelehnt werden dürfen.

3.3.3.3 Beweisantragsrecht im Hauptverfahren

Was das Beweisantragsrecht im Hauptverfahren angeht, so ist zu bemängeln, dass das Gericht keine Beweisliste ausarbeiten muss, aus welcher die Verteidigung wenigstens ersehen könnte, was seitens des Gerichtes an Beweisen für die Beurteilung des Falles als wichtig erachtet wird, und was doch wenigstens eine Richtschnur dafür abgäbe, in welcher Richtung die Verteidigung eine Ergänzung der Beweisaufnahme beantragen muss. Solche Beweislisten haben sich in einzelnen Kantonen bestens bewährt (vgl. etwas § 114 StPO-BS und § 144 StPO-BL). Wird deren Zustellung mit einer Frist zur Stellung von ergänzenden Beweisanträgen (vgl. § 114 Abs. 3 StPO-BS und § 145 Abs. 1 StPO-BL) verbunden, dient sie der beförderlichen Durchführung der Hauptverhandlung.

Wenn schon der Staatsanwaltschaft praktisch unbeschränkte Antizipierung der Beweismittel zusteht, so wundert es nicht, dass dies in gleicher Weise auch dem Sachgericht zukommt. Auch im Hauptverfahren hat die Verteidigung somit keinerlei Möglichkeit auch durchzusetzen, dass entlastende Beweisanträge abgenommen werden. Damit dürften nicht einmal die Minimal-Standards der EMRK nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d (Ladung von Entlastungszeugen unter denselben Voraussetzungen wie Belastungszeugen geladen werden) erfüllt sein.

Dies ist um so schlimmer, als bei der einzelrichterlichen Zuständigkeit ein eigentliches Beweisverfahren gar nicht durchgeführt, sondern effektiv nur kontrolliert wird, ob die Beweisaufnahme durch die Staatsanwaltschaft keine groben Fehler aufweist (vgl. Art. 374 VE). Und das wird um so bedenklicher, wenn berücksichtigt wird, dass die Einzelrichterkompetenz auf 3 Jahre festgelegt werden kann (vgl. Art. 24 Abs. 2 lit. b VE), was dazu führen wird, dass über 95% aller Strafprozesse nach diesem Schnellverfahren abgehandelt werden sollen²³.

3.3.4 Eigene Ermittlungen der Verteidigung

Eigene Ermittlungen der Verteidigung sieht der VE nicht ausdrücklich vor, man kann solche aber unter dem Titel des rechtlichen Gehörs subsumieren, wenn dort

²³ Vgl. hienach 6.3.2 und 6.3.3.

die Rede davon ist, dass die Parteien sich "zur Sache und zum Verfahren" äussern können (Art. 117 Abs. 3 lit. d VE), resp. wenn in Art. 150 von Beweisen die Rede ist, die von Privaten erlangt wurden.

Eigene Ermittlungen der Verteidigung sind, mindestens nach modernem Verständnis, wie es insbesondere in der deutschen Lehre, aber auch immer mehr in der Schweiz²⁴, zum Ausdruck kommt, weder verboten noch verpönt. Zwei Fragen seien hervorgehoben:

In der Schweiz ist nach wie vor umstritten, inwiefern die Verteidigung selbst Zeugen befragen darf (was nach deutscher Lehre tun muss, wenn sie nicht einen Kunstfehler begehen will), bevor sie diese als Entlastungszeugen anruft. Die neuere Lehre in der Schweiz bekräftigt dieses Recht für die Verteidigung²⁵.

Zum Zweiten seien die staatsanwaltlichen Gutachten genannt. Die Verteidigung hat sehr oft das Bedürfnis, mittels Gegengutachten jene der Staatsanwaltschaft zu hinterfragen, oder wenigstens anzustreben, dass gestützt auf das Gegengutachten der Verteidigung ein Obergutachten erstellt wird. Für solche Formen der Verteidigung fehlt aber in aller Regel das Geld, wenn es sich um eine unentgeltliche Verteidigung handelt, was in der überwiegenden Mehrzahl der grösseren Verfahren, in denen das eine Rolle spielen wird, der Fall sein dürfte. Zu denken ist etwa an wirtschaftliche (Revisionen, Beurteilungen von Werthaltigkeiten etc.), aber auch an medizinische Gutachten und solche kriminalistischer Natur (ballistische, Brandgutachten, Unfallursachen etc.).

Zu fordern ist deshalb, dass der Verteidigung schon im Vorverfahren Gegengutachten beantragen kann und dass eine richterliche Behörde (d.h. das Verfahrensgericht) im Streitfall darüber entscheiden muss, ob das Gegengutachten erstellt werden muss oder nicht. Wird dies erst im Hauptverfahren entschieden, entsteht dadurch eine Verfahrensverzögerung, die für die beschuldigte Person mit Nachteilen verbunden ist (insbesondere wenn sie sich in Haft befindet und sich dadurch die Haftzeit verlängert), sodass aus diesem Grund Zwang entsteht, auf die Erstellung eines Gegen- oder Obergutachtens zu verzichten.

²⁴ Vgl. etwa V. DELNON/ B. RÜDY, Strafbare Beweisführung? ZStrR 1998, 320 ff.

²⁵ Vgl. Fn. 24 hievor.

4. ZWANGSMASSNAHMEN, INSBESONDERE HAFT

4.1 HAFTRECHT

Die Haftbestimmungen sind in einigen Punkten bedenklich.

4.1.1 Haftgründe

Neben den bisher bekannten drei Haftgründen der Kollusionsgefahr, Fluchtgefahr und Fortsetzungsgefahr führt der Vorentwurf neu als vierten Haftgrund für schwere Verbrechen die *Ausführungsfahr* ein. Dies ist eine Verschärfung gegenüber den meisten kantonalen Prozessrechten und zwar eine unnötige.

Es sprechen zwei Hauptgründe gegen diesen Haftgrund:

Wenn zum einen gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts²⁶ schon dem Haftgrund der Fortsetzungsgefahr naturgemäss die Gefahr des Missbrauchs inne wohnt, so muss das für die Ausführungsfahr umso mehr gelten. Bei der Fortsetzungsgefahr verlangt die Rechtsprechung für die Annahme dieses Haftgrundes immerhin, dass die beschuldigte Person bereits früher (in einem früheren Verfahren oder während eines hängigen Verfahrens) gleichartig delinquent hat. Bei der Ausführungsfahr ist dieser Nachweis nicht erforderlich.

Zum Zweiten werden bei schweren Delikten bereits strafbare Vorbereitungshandlungen vorliegen, die ein selbständiges Delikt darstellen, sodass bei diesen Delikten eine Verhaftung eben wegen der begangenen Vorbereitungsdelikten erfolgen kann und damit der Haftgrund der Ausführungsfahr entbehrlich ist. Liegen aber keine strafbaren Vorbereitungshandlungen vor, weswegen soll dann eine Verhaftung erfolgen? Damit Haft angeordnet werden kann, muss ein Strafverfahren gegen die zu inhaftierende Person eingeleitet sein, und zwar wegen eines bestimmten Deliktes. Das findet darin Ausdruck, indem als allgemeine Voraussetzung bei jedem speziellen Haftgrund verlangt wird, dass ein dringender Tatverdacht bestehen muss. Dringender Tatverdacht bedeutet, dass ein Verdacht

²⁶ BGE 105 Ia 31

besteht, dass die zu verhaftende Person *ein Delikt begangen hat*. Das ist beim Haftgrund der Ausführungsgefahr gerade nicht gegeben. Der Begleitbericht zum Vorentwurf, S. 161, gesteht denn auch zu, dass dieser Haftgrund weniger strafprozessualen als eher sicherheitspolizeilichen Zwecken dient.

Wenn somit keine strafbare Handlung vorliegt, kann auch keine strafprozessuale Haft angeordnet werden. Ganz abgesehen davon ergäbe sich ein weiteres Problem: Die zulässige Höchstdauer der Haft wird daran gemessen, welche Strafe die verhaftete Person für das ihr vorgeworfene Delikt zu erwarten hat. Wenn aber gar kein Delikt begangen wurde, wie soll dann die Dauer der Haft wegen Ausführungsgefahr auch nur ansatzweise sinnvoll begrenzt werden können, nach welchem Massstab? Der Haftgrund der Ausführungsgefahr liegt also dogmatisch vollkommen schief in der Landschaft, seine Voraussetzungen sind unklar und die zulässige Dauer der gestützt hierauf angeordneten Haft ist nicht bestimmbar.

4.1.2 Haftanordnungsverfahren

Der Vorentwurf sieht vor, dass die Polizei und die Staatsanwaltschaft jemanden längstens während 48 Stunden festhalten können (sogenannte "vorläufige Festnahme"). Erfolgt nach 48 Stunden keine Entlassung, muss die Staatsanwaltschaft vor Ablauf dieser Frist beim Haftgericht Antrag auf Verhaftung stellen. Das Haftgericht setzt eine mündliche Verhandlung fest und muss innert weiterer 48 Stunden den Entscheid mündlich eröffnen. Das bedeutet im Klartext, dass das Haftgericht innert 48 diese Verhandlung durchzuführen hat. Insgesamt kann also die vorläufige Festnahme bis zu 96 Stunden dauern, bevor ein richterlicher Entscheid über die Fortdauer oder die Aufhebung der Haft vorliegt. Das ist zu lange. Im Kanton Basel-Stadt bspw. muss der Haftrichter innert 48 Stunden seit der vorläufigen Festnahme über die Anordnung von Haft entscheiden, also in der Hälfte der Zeit, und das funktioniert bestens. Im Kanton Basel-Landschaft muss der Untersuchungsrichter aufgrund von § 9 Abs. 4 lit. b der Kantonsverfassung BL sogar innert 24 Stunden über die Verhaftung oder Haftentlassung befinden, resp. in Fällen des Besonderen Untersuchungsrichteramtes muss dies das Ver-

fahrensgericht tun. Im Kanton Freiburg ist die Dauer des Polizeigewahrsams auf 12 Stunden beschränkt (Art. 107 StPO).

Die zu langen Fristen hängen damit zusammen, dass die Staatsanwaltschaft die vorläufig festgenommene Person zuerst der Polizei zuführen lassen kann, damit diese die Haftgründe abklärt. Das ist aber unsinnig, denn den Haftantrag muss dann doch die Staatsanwaltschaft selbst stellen und begründen. Auf jeden Fall darf diese Doppelspurigkeit nicht zulasten der Beschuldigten gehen.

Noch viel weniger einzusehen ist, warum das Haftgericht seinerseits wiederum 48 Std. benötigen soll, um eine Verhandlung durchzuführen. Das Haftgericht muss nichts anderes tun, als nach Eingang des Haftantrages der Staatsanwaltschaft einen Termin für die Haftanhörung festzulegen. Im Rahmen eines Haftrichterpiketts kann man aber Verhandlungen innert 12 Stunden seit Eingang der Akten problemlos ansetzen und durchführen, wie das Beispiel in Basel-Stadt, aber auch in Basel-Landschaft, zeigt.

Es ist somit zu fordern, dass die Staatsanwaltschaft einen Haftfall innert 24, resp. 36 Stunden an das Haftgericht übergibt und dieses innert weiterer 12 Stunden über die Anordnung der Haft oder die Aufhebung des Freiheitsentzuges entscheidet. Diese Fristen genügen einerseits vollauf, um einen inhaltlich korrekten Haftentscheid fällen zu können, und sind andererseits gegenüber der zu Unrecht festgehaltenen Person noch vertretbar.

4.1.3 Verteidigung im Haftanordnungsverfahren

Wie bereits erwähnt ist es unabdingbar, dass die zu verhaftende Person im Haftanordnungsverfahren verteidigt ist, nach dieser richterlichen Entscheidung nützt die Bestellung einer Verteidigung nichts mehr. Eine Verteidigung ist deswegen nötig, weil die Haft Grundrechte der zu verhaftenden Person einschränkt, also um den Grundrechtsschutz zu garantieren. Da es sich bei der Haftanordnung im übrigen um ein gerichtliches Verfahren handelt, greifen auch die Garantien von Art. 29 Abs. 3 BV, die in gerichtlichen Verfahren allen Personen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand geben, soweit das zur Wahrung ihrer Rechte

notwendig ist. Art. 31 Abs. 2 BV spricht davon, dass Personen, die in Haft genommen werden sollen, die Möglichkeit haben müssen, ihre Rechte geltend zu machen. Diese Bestimmung stammt aus der EMRK, und zwar aus Art. 6 Ziff. 3 lit. b, der bestimmt, dass angeklagte Personen über genügend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung verfügen müssen. Das Wort „Gelegenheit“ ist die Übersetzung des französischen Begriffs „facilité“ resp. des englischen „facilities“, welche nach der Praxis des Europ. Gerichtshofes für Menschenrechte beide mehr als bloss „Gelegenheit“ bedeuten, sondern meinen, dass die nötigen Hilfsmittel zur Vorbereitung der Verteidigung bereitgestellt werden, was u.a. eine wirksame Verteidigung bedeutet, Akteneinsicht, Dolmetscher etc. Somit besteht bereits nach der BV und der EMRK Anspruch auf eine unentgeltliche Verteidigung im Haftanordnungsverfahren. Dass das der Vorentwurf nicht erwähnt, ist bedauerlich. Strafprozessgesetze sollten Ansprüche, die in höherrangigem Recht verankert sind, zumindest wiederholen. Eigentlich aber ist es die Aufgabe der Gesetzgebung, Ansprüche aus Verfassung und Völkerrecht näher zu definieren und sie konkret umsetzen, d.h. anwendbar machen, indem etwa gesagt wird, dass die zu verhaftenden Personen auf das Recht zur Verteidigung aufmerksam gemacht werden, oder indem sogar eine Verteidigung notwendig vorgeschrieben wird. Es dürfte unbestritten sein, dass es eine der vornehmsten Aufgaben des Staates ist, den Grundrechtsschutz zu verwirklichen. Wenn somit jemandem von Staates wegen die Freiheit entzogen werden soll, trifft den Staat auch eine entsprechende Fürsorgepflicht, die sich bspw. darin ausdrückt, dass er diesfalls auch für einen entsprechenden Rechtsbeistand zu sorgen hat. Ein modernes Staats- und Grundrechtsschutzverständnis muss somit zur Folge haben, dass der Staat nicht nur das Grundrecht beschränkt, sondern auch für dessen Schutz eintritt, indem er den Betroffenen bei schweren Grundrechtseingriffen von Amtes wegen einen Rechtsbeistand beigibt.

Nun gibt es einige Kantone, in denen private Vereinigungen einen Pikettdienst organisieren, der sicherstellt, dass jede Person, die im Haftanordnungsverfahren verteidigt sein will, auch eine Verteidigung erhält. Dieser Pikettdienst funktioniert aber nur, wenn die Kosten dieser Verteidigung auch sichergestellt sind, eben bspw. durch eine unbürokratisch zu gewährende unentgeltliche Verteidigung.

4.1.4 Dauer der Untersuchungshaft

Die Untersuchungshaft soll auf maximal 3 Monate angeordnet und danach jeweils um weitere 3 Monate (ausnahmsweise um 6 Monate) verlängert werden können. Diese Fristen sind zu lange, insbesondere wenn bedacht wird, dass sie auch mit dem Verbot gekoppelt werden können, dass die inhaftierte Person während maximal 3 Monaten kein Haftentlassungsgesuch stellen darf.

Dass die erstmalige Haftanordnung nur für die Dauer von 3 Monaten angeordnet werden darf, ergibt sich aus dem Gesetzestext nirgends explizit, sondern nur aus der Bestimmung, dass die Staatsanwaltschaft spätestens vor Ablauf von 3 Monaten ein Verlängerungsgesuch stellen muss (Art. 240 Abs. 2 VE). In einem Rechtsstaat muss als Minimalanforderung ein Haftbefehl insbesondere enthalten, warum jemand in Haft genommen wird (also welche speziellen Haftgründe gegeben sind und woraus sich der dringende Tatverdacht ergibt) und wie lange dies geschehen darf (d.h. Anfang der Haft und Ende), dass die Haft nach Ablauf der ersten Dauer verlängert werden kann und welche Beschwerdemöglichkeiten gegen die Haftanordnung, deren Dauer oder andere Beschränkungen gegeben sein müssen. Diesen Minimalanforderungen muss auch der Entscheid des Haftrichters genügen und sie sind ihm deshalb vorzuschreiben.

4.1.5 Beschwerde gegen Haft

Art. 238 Abs. 6 VE sieht vor, dass das erstmalige Verhängen von Untersuchungshaft durch das Zwangsmassnahmegericht nicht mittels Beschwerde anfechtbar ist, sodass dagegen direkt das Bundesgericht angerufen werden müsste. Diese mangelnde Anfechtbarkeit ist um so gravierender, als das Zwangsmassnahmegericht die Haftanordnung mit der Beschränkung verbinden kann, dass die Betroffenen während drei Monaten kein Haftentlassungsgesuch stellen dürfen.

Im Begleitbericht zum VE, S. 165, wird der Ausschluss der Beschwerde gegen den Haftanordnungsentscheid zum einen damit begründet, dass solche Beschwerdeverfahren die Untersuchung verzögern würden. Seit BGE 105 Ia 34 ist klargestellt, dass es der Untersuchungsbehörde zuzumuten ist, anhand eines Ak-

tendoppels (das ja ohnehin vorhanden ist!) die Untersuchung voranzutreiben, wenn die Originalakten im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens andernorts benötigt werden.

Zum Zweiten wird die Nichtanfechtbarkeit der Haftanordnung mit der Waffengleichheit begründet. Der Begleitbericht führt aus, wenn schon den Beschuldigten ein Beschwerderecht gegen die Inhaftierung zugestanden werde, so müsste auch der Staatsanwaltschaft ein solches gegen die Ablehnung ihres Haftantrages eingeräumt werden. Das ist vollkommen verfehlt. Rechtsmittel gegen freiheitsbeschränkende Massnahmen werden deswegen gewährt, weil Grundrechte tangiert werden. Es geht also um die Wahrung des Grundrechtsschutzes. Grundrechte stehen nur natürlichen Personen zu, nicht aber Behörden wie der Staatsanwaltschaft. Wenn nun im Begleitbericht die Waffengleichheit als Begründung bemüht wird, so wird damit auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK Bezug genommen, wo der Anspruch auf ein faires Verfahren und damit die Waffengleichheit verankert ist. Da es sich um ein Grundrecht gemäss EMRK handelt, ist bereits offenkundig, dass Träger dieses Grundrechts wiederum die natürlichen Personen, somit die Beschuldigten, nicht aber die Staatsanwaltschaft als Behörde sind. Der Bericht zum VE stellt sich damit gegen jede gefestigte Lehre und Praxis.

Im Übrigen dürfte, wenn die Ausführungen im Bericht zum Vorentwurf tatsächlich der allgemeinen Ansicht entsprechen sollte, konsequenterweise auch die Verlängerung der Haft nicht beschwerdefähig sein. Art. 241 VE räumt hier aber der betroffenen Person gerade ein Beschwerderecht ein, und zwar nur ihr, der Staatsanwaltschaft gegen eine Abweisung der Haftverlängerung hingegen nicht. Schliesslich ist nicht zu vergessen, dass Art. 13 EMRK eine nationale Beschwerdeinstanz für Verletzungen der EMRK-Garantien vorschreibt. Ob die nach dem Vorentwurf verbleibende staatsrechtliche Beschwerde tatsächlich eine solche ist, darf mit Fug bezweifelt werden, wenn beachtet wird, welche Zurückhaltung das Bundesgericht sich bei der Prüfung einiger Fragen auferlegt.

4.2 OBSERVATION (VE Art. 297 f)

Bei der Observation handelt es sich um eine Zwangsmassnahme, die erst in letzter Zeit zu Kontroversen geführt hat und in einzelnen Kantonen bereits bewilligungspflichtig ist (so etwa gemäss dem Polizeigesetz BL). Auch die Observation ist eine geheime

Zwangsmassnahme, bei deren Anordnung geheimer den Betroffenen naturgemäss kein rechtliches Gehör gewährt werden kann. Um diesen Nachteil zu korrigieren, wird in der Regel bei geheimen Zwangsmassnahmen verlangt, dass eine richterliche Behörde diese nachträglich genehmigt, bei schweren Eingriffen muss die Bewilligung vorgängig vorliegen.

Der Vorentwurf sieht vor, dass eine Observation erst dann gerichtlich genehmigt werden muss, wenn sie zusammengezählt insgesamt 5 Tage gedauert hat. Das bedeutet, dass die Observation 10 Tage dauern kann, aber pro Tag nur eine bestimmte Zeit, bis die richterliche Behörde diese Massnahme bewilligen muss.

Entgegen dem Begleitbericht zum Vorentwurf, S. 188, ist der Grundrechtseingriff bei einer Observation keineswegs ein geringfügiger, im Gegenteil, er ist viel schwerer als eine Telefonüberwachung, die nur einen bestimmten Teil des persönlichen Lebens einer Person überwacht und der man sich entziehen kann. Eine Observation hingegen kann 24 Stunden am Tag dauern, ist allumfassend und die Polizei darf zusätzlich Bildaufnahmen der Observation machen. Der Vorentwurf sagt, diese Observationen dürften an öffentlich zugänglichen Orten gemacht werden und schliesst damit *e contrario* aus, dass dies auch in privaten Räumen geschehen darf. Wie steht es aber mit der Observation privater Räumlichkeiten von einem öffentlichen Ort aus, d.h. das Beobachten von der Strasse aus, was in einer Wohnung vorgeht, allenfalls sogar verbunden mit Videoaufnahmen?

Es kann durchaus ein unverhältnismässiger Aufwand sein, wenn die Polizei sofort, bevor sie beobachten will, eine richterliche Genehmigung einholen muss, wenn die Observation nur dazu dienen soll, sich zu vergewissern, dass man tatsächlich der richtigen Person am richtigen Ort auf der Spur ist. Wenn diese Gewissheit aber gegeben ist, dann soll die Observation richterlich bewilligt werden müssen, weil – wie gesagt – der Eingriff ein so geringer nicht ist. Diese Gewissheit dürfte bereits nach eintägiger Observation gegeben sein, sodass ab diesem Zeitpunkt beim zuständigen Gericht um Genehmigung der Observation nachgesucht werden muss. Darf die Polizei länger observieren, so besteht die Gefahr von "fishing expeditions", indem die 5-Tagesfrist (die *nota bene* auf einen Zeitraum von viel mehr als 5 Tagen verteilt werden kann) missbraucht wird, um Indizien für diese Zwangsmassnahme erst zu sammeln und damit zu begründen, warum die Massnahme länger andauern muss. Das kann aber gerade nicht Sinn und Zweck der nachträglichen Bewilligung sein, sondern die Voraussetzungen für die Observation

müssen ab initio vorliegen und können nicht erst durch den polizeilichen Vorlauf beschafft werden.

4.3 ÜBERWACHUNG DER BANKBEZIEHUNG (VE Art. 318 ff.)

Die Überwachung von Bankbeziehungen scheint ein taugliches Mittel, um Geldwäsche- und Korruptionsdelikten, aber auch Insidergeschäften, auf die Spur zu kommen.

Dass die Überwachung der Bankbeziehung erst nach einem Monat Dauer bewilligungspflichtig sein soll, ist hingegen überhaupt nicht einzusehen. Es handelt sich auch hier um eine geheime Zwangsmassnahme, gegen welche die Betroffenen nichts unternehmen können. Gerade deshalb besteht die Gefahr, dass die Zwangsmassnahme wiederum als Beweisbeschaffungsmassnahme missbraucht wird. Wenn die Untersuchungsbehörde die Anordnung dieser Massnahme nicht von Anbeginn weg einem Gericht zur Genehmigung unterbreiten muss, kann die Überwachung der Bankbeziehung missbraucht werden, um in diesem Monat erst die Verdachtsmomente zu beschaffen, die eigentlich schon für die Anordnung der Massnahme als solche notwendig wären, um dann nach Ablauf dieses Monats beim Zwangsmassnahmegericht die Verlängerung begründen zu können. Das bereits bei der Observation erwähnte Problem der "fishing expeditions" stellt sich hier nochmals verschärft.

Im Übrigen fehlt hier eine Zufallsfundsregelung, was positiv wäre, wenn dies bedeutete, dass Zufallsfunde nicht verwertet werden dürfen, negativ aber, wenn es bedeuten sollte, dass Zufallsfunde unbeschränkt und beliebig verwertbar sind.

Es ist nicht einzusehen, warum die selbe Regelung, welche für die Überwachung des Post- und Telefonverkehrs gilt, hier nicht zur Anwendung kommt.

5. BEWEISMITTEL / BEWEISVERWERTUNGSVERBOT

Viele der oben genannten Regeln über die Teilnahmerechte sind mit Beweisverwertungsverböten sanktioniert für den Fall ihrer Nichtbeachtung (vgl. etwa VE Art. 154 Abs. 4; generell zur Verweigerung von Teilnahmerechten: Art. 158 Abs. 6; mangelnde Hinweise bei der ersten Einvernahme: Art. 167 Abs. 2; 168 Abs. 4; mangelnde Zeugenbelehrung: Art. 184 Abs. 4). Ganz generell stellt sich aber die Frage, was bei der Verletzung von Vorschriften des Gesetzes zu geschehen hat oder nicht.

Art. 148 f. VE unterscheidet für die Frage des Beweisverwertungsverbotes zwischen Beweisen, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, und solchen, wo bloss eine Ordnungsvorschriften verletzt wurde. Bereits daran ist Kritik zu üben, denn eine sichere Unterscheidung, was Ordnungs- und was Gültigkeitsvorschriften sind, kann nicht getroffen werden²⁷. Auf jeden Fall soll eine Verletzung von Ordnungsvorschriften keine Unverwertbarkeit des Beweismittels zur Folge haben (vgl. Art. 148 Abs. 2 VE).

Werden bei der Erhebung von Beweisen Gültigkeitsvorschriften verletzt, so führt das zwar grundsätzlich zur Unverwertbarkeit des Beweises (Art. 148 Abs. 1 VE), allerdings mit einer gewichtigen Ausnahme: Sind behördlicherseits Beweise unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben worden, so sind diese dennoch verwertbar, wenn es zur Aufklärung von schweren Straftaten erforderlich ist (Art. 149 Abs. 1 VE).

Der wesentlichste Einwand gegen die Zulässigkeit rechtswidriger Beweise liegt im Grundsätzlichen. Der Vorentwurf bekennt sich zwar zur bundesgerichtlichen Praxis, die den Richter dazu anhält, eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen dem Strafverfolgungs- und –aufklärungsinteresse einerseits und dem verletzten Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten andererseits. Je grösser der Wertunterschied zugunsten der Strafverfolgung desto eher darf das Beweismittel dennoch verwertet werden. Das ist im Ansatz rein inquisitorisch: je schlimmer der Tatvorwurf, desto eher darf von den Regeln des Prozesses abgewichen werden. Das bedeutet überspitzt ausgedrückt, wenn es um schwerste Kapitalverbrechen geht, brauchen die Regeln des Strafprozesses nicht eingehalten zu werden, es ist dennoch alles verwertbar²⁸. An diesem Zustand wird zu Recht kritisiert, dass nur eine strikte Beachtung des Beweisverwertungsverbots mit allen seinen Konsequenzen (d.h. inkl. Fernwirkung) gewährleisten kann, dass die Untersuchungsbehörden die gesetzlichen Schranken der Beweisbeschaffung beachten, denn nur, wenn sich die illegale Beweisbeschaffung nicht lohnt, weil sie nicht gerichtsverwertbar ist, kann die strikte Beachtung der strafprozessualen Grundsätze erwartet werden²⁹, und die vorgeschlagene Regelung für bedenklich erklärt³⁰.

²⁷ Vgl. etwa die Beispiele bei R. HAUSER/E. SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 1997, § 60, Rz. 7 ff., S. 236 ff.

²⁸ Und die Verletzung von Vorschriften der StPO führt höchstens zu Disziplinarverfahren gegenüber jenen Beamten, die den Regelverstoss begangen haben.

²⁹ So etwa N. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, S. 249 f.

³⁰ Vgl. F. RIKLIN, Strafprozessrechtsreformen in Österreich und der Schweiz, in: ZStrR 2001 (Bd. 119), S. 379.

Schliesslich ist auch zu beachten, dass die Forschung über Justizirrtümer in vielen Fällen ergeben hat, dass der Justizirrtum darauf zurückzuführen war, dass Schutzmechanismen zugunsten der Beschuldigten nicht eingehalten wurden³¹. Es ist nun besonders problematisch, Beweise zuzulassen, die rechtswidrig zustande kamen, weil deren Wahrheitswert höchsten Zweifeln ausgesetzt ist. Lässt man die vom Vorentwurf vorgeschlagene Verwendung rechtswidriger Beweise zu, so wird dies um so gefährlicher, als dies bei schwerer Kriminalität soll geschehen dürfen. Denn vom *Ergebnis her* gesehen müsste es gerade umgekehrt lauten: bei leichter Kriminalität ist es weniger tragisch, wenn jemand aufgrund falscher Beweise, die rechtswidrig erhoben wurden, zu unrecht verurteilt wird, bei schweren Delikten können die Folgen hingegen um ein Erhebliches gravierender sein. Wenn schon rechtswidrige Beweise verwertet, so nur bei geringfügigen Delikten, sicher aber nicht bei schweren.

Abgesehen von der grundsätzlichen Diskussion ist damit immer noch nicht klargestellt, ob die in einzelnen Vorschriften statuierte Unverwertbarkeit der generellen Regel von Art. 149 VE vorgeht, oder ob unter den Voraussetzungen von Art. 149 VE (schweres Delikt) rechtswidrige Beweise dennoch verwertet werden dürfen. Der Begeleitbericht zum Vorentwurf spricht sich dazu nicht aus. Das ist zu klären.

6. ABLAUF DES VERFAHRENS

6.1 POLIZEILICHES ERMITTLUNGSVERFAHREN / POLIZEILICHE BEFUGNISSE

Gemäss dem Begleitbericht³² soll die Kompetenz der Polizei auf den sogenannten „ersten Angriff“ beschränkt werden. Nach dem Text des Vorentwurfs und *entgegen den Ausführungen im Begleitbericht* ist dies gerade nicht der Fall, sondern der VE führt ausdrücklich ein polizeiliches Ermittlungsverfahren ein (Art. 333 ff. VE), das relativ lange dauern kann und in welchem die Polizei Beschuldigte, Auskunftspersonen und sogar

³¹ So etwa im vor nicht allzu lange Zeit bekannt gewordenen Fall der "Birmingham-Six", die aufgrund falscher Geständnisse jahrelang unschuldig im Gefängnis sassen. Vgl. dazu im weiteren die Untersuchungen von KARL PETERS, Fehlerquellen im Strafprozess, Karlsruhe 1970-1974, 3 Bde.

³² Vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf für eine schweiz. Strafprozessordnung, S. 40 f.

Zeugen soll einvernehmen dürfen, *nota bene* unter weitgehendem Ausschluss der Teilnahmerechte, insbesondere jenes des Beschuldigten (vgl. 3.3.1.1 hievore).

Der Begleitbericht verweist zur Definition des polizeilichen Ermittlungsverfahrens auf die herrschende Lehre und Praxis³³. Die dabei zitierten kantonalen Gesetzesbestimmungen beziehen sich aber, mindestens teilweise, nicht auf ein polizeiliches Ermittlungsverfahren, sondern statuieren bloss den *ersten Zugriff der Polizei*, ohne dass der Polizei dabei die Kompetenz zukäme, ein eigentliches Ermittlungsverfahren durchzuführen. Insofern falsch ist auf jeden Fall der Verweis auf § 97 StPO-BS und § 122 f. StPO-BL, die beide bloss den sogenannten ersten Zugriff der Polizei überlassen und gerade *kein* polizeiliches Ermittlungsverfahren kennen, insbesondere finden keine Einvernahmen von Beschuldigten, Zeugen oder Auskunftspersonen statt³⁴.

Unter dem ersten Zugriff versteht die herrschende Lehre primär die Anhaltung von Tatverdächtigen in flagranti und das Ergreifen der ersten Sicherungsmassregeln (Sicherstellung von Deliktsgut und Beweismitteln, Anhalten verdächtiger Personen, Feststellen möglicher Zeugen, Eruiere weiterer Tatverdächtiger etc.), also dringliche Massnahmen, die sofort zu treffen sind, damit die weitere Strafuntersuchung nicht vereitelt wird.

Wenn der Polizei als eigener Kompetenz tatsächlich bloss der sogenannte erste Zugriff zukommen soll, wie das der Kommentar zum Vorentwurf an sich vorsieht (vgl. Begleitbericht VE, S. 40 f.) und wie das zu Recht auch in der Literatur gefordert wird³⁵, muss dies auch konsequent umgesetzt werden. Im Vorentwurf selbst ist davon dann allerdings nicht mehr die Rede, sondern der VE führt gar ein eigenes Kapitel "polizeiliches Ermittlungsverfahren" ein (vgl. Art. 333 – 337 VE). Die Befugnisse der Polizei gehen dabei klar über den ersten Zugriff hinaus, wenn sie etwa nach Art. 333 VE die Kompetenz hat, den Sachverhalt festzustellen, wenn sie Spuren und Beweismittel nicht nur sicherstellen, sondern auch auswerten kann, wenn sie Geschädigte und Tatverdächtige nicht nur eruiere, sondern auch befragen darf, wenn die Kantone bestimmte Beamte der Polizei bezeichnen können, die sogar Zeugeneinvernahmen durchführen dürfen (vgl. Art. 151 Abs. 2 VE, diese Bestimmung besagt nicht, dass sie im polizeilichen Ermittlungsverfahren

³³ Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 198.

³⁴ Die Polizei befragt zwar solche Personen, ohne aber ein förmliches Protokoll darüber zu erstellen, sondern die Angaben dieser Personen werden in den Rapporten an der massgeblichen Stelle in direkter Rede zitiert und somit kommt ihnen kaum Beweiswert zu, da es sich nicht um eine förmliche Einvernahme handelt und da die Aussagen von den Beschuldigten, Zeugen und Auskunftspersonen auch nicht unterzeichnet werden.

³⁵ Vgl. PIRMIN FREI, Mitwirkungsrecht im Strafprozess, Bern 2001, S. 220/21.

ren nicht anwendbar sein soll) und wenn die Polizei gar eine selbständige Ermittlungstätigkeit entfalten darf, wie sie in Art. 327 lit. a VE vorgesehen ist. Der Vorentwurf verkennt somit die Bedeutung dieses sog. ersten Zugriffs, legt ihn viel zu weit aus und gibt ihm eine Bedeutung, die ihm nach geltendem kantonalem Recht keineswegs zukommt. Insofern trifft die Behauptung im Begleitbericht auch nicht zu, dass ein solches "polizeiliches Ermittlungsverfahren" nur eine Übernahme der bestehenden kantonalen Praxis darstelle.

Die Kompetenzen der Polizei müssen somit klar auf den wirklichen ersten Zugriff beschränkt werden, sonst wird sich in der Praxis bald das polizeiliche Ermittlungsverfahren immer mehr ausdehnen und zum eigentlichen Untersuchungsverfahren werden. Das Vorverfahren wird durch die Untersuchungsbehörde eingeleitet. Die Polizei kann, wenn sie strafbare Handlungen feststellt, durch den ersten Zugriff sicherstellen, dass diese Handlungen auch verfolgt werden können, muss aber unmittelbar danach eine Anzeige an die Untersuchungsbehörde erstatten und auf die weiteren Weisungen warten.

In concreto bedeutet das:

- das Strafverfahren wird durch die Untersuchungsbehörde eröffnet, nicht durch die Polizei, littera a von Art. 327 VE ist somit ersatzlos zu streichen;
- das polizeiliche Vorverfahren (Art. 333 – 337 VE) ist ersatzlos zu streichen und an seiner Stelle sind die Befugnisse der Polizei im Rahmen des ersten Zugriffs festzuhalten und klarzustellen, dass die Polizei im übrigen nur im Auftrag der Untersuchungsbehörde tätig wird, nicht aber selbständig. Als Beispiele für eine Formulierungen könnte etwa § 122 Abs. 1 und 2 StPO-BL dienen:

§ 122. *Die Organe der Polizei Basel-Landschaft haben bei strafbaren Handlungen und bei Vorfällen, bei denen solche vermutet werden, unverzüglich die Spuren festzustellen und zu sichern, sowie alle Massnahmen zu treffen, die ohne Gefahr nicht aufgeschoben werden können.*

² *Die Organe der Polizei Basel-Landschaft können von der Verfahrensleitung mit weiteren Ermittlungen beauftragt werden. In diesem Fall stehen den Verfahrensbeteiligten gegenüber den Polizeiorganen dieselben Rechte zu wie gegenüber den Untersuchungsbehörden; darauf sind sie in verständlicher Weise aufmerksam zu machen.*

6.2 UNTERSUCHUNG DURCH DIE STAATSANWALTSCHAFT / ZUSAMMEN- ARBEIT POLIZEI - UNTERSUCHUNGSBEHÖRDE

Es ist im Grundsatz unbestritten, dass die Polizei, wenn sie im Untersuchungsverfahren von der Staatsanwaltschaft mit weiteren Ermittlungen betraut wird, als Hilfsperson der Staatsanwaltschaft agiert. Folgerichtig müssen dann in diesem Stadium die Teilnahmerechte der Parteien auch vollumfänglich vor der Polizei gelten. Gemäss dem Vorentwurf müssen sie aber bloss "angemessen" beachtet werden (vgl. Art. 343 Abs. 4 VE). Abgesehen davon, dass unklar ist, was „angemessen“ bedeutet und ab wann die Parteirechte nicht mehr angemessen gewährt werden, ist diese Einschränkung verfehlt (vgl. bereits oben).

Im Rahmen von seitens der Staatsanwaltschaft an die Polizei delegierten Beweisaufnahmen müssen somit die Parteirechte uneingeschränkt gewährt werden, andernfalls wieder die zürcherische Praxis einreißt, wo die Ermittlungen an den polizeilichen Sachbearbeiter delegiert werden, vor dem die Teilnahmerechte gerade nicht gelten (nach dem VE würden sie dann ein bisschen gelten), und der die Untersuchung quasi pfannenfertig macht. Es gibt keinen Grund und schon gar keine Notwendigkeit, einen Unterschied zwischen Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und solchen, die von ihr an die Polizei delegiert wurden, zu machen.

6.3 HAUPTVERFAHREN

Das Hauptverfahren muss in seiner Gesamtheit als völlig ungenügend ausgestaltet bezeichnet werden, was v.a. dann augenfällig wird, wenn alle Mängel zusammen und in ihrer gegenseitigen Auswirkung in Rechnung gestellt werden.

6.3.1 Beweisantragsrecht

Die angeklagten Personen haben ein ebenso wenig wirksames Beweisantragsrecht wie in der Voruntersuchung³⁹

³⁹ Vgl. 3.3.3.2 (Beweisantragsrecht im Vorverfahren) und 3.3.3.3 (Beweisantragsrecht im Hauptverfahrens) hier.

6.3.2 Richterliche Strafkompetenzen

Der Vorentwurf will die Strafkompetenz des Einzelrichters, der Einzelrichterin auf *3 Jahre* Freiheitsentzug anheben. Das würde dazu führen, dass mehr als 95% aller Fälle in die Einzelrichterkompetenz fallen und weniger als 5% aller Anklagen von einem Kollegialgericht beurteilt würden³⁶. In der Nordwestschweiz darf ein Einzelrichter maximal 6 Monate Freiheitsentzug verhängen, im Kanton Bern 1 Jahr, was schon als viel bezeichnet werden muss. Die einzelgerichtliche Strafkompetenz soll deshalb 6 Monate Freiheitsentzug nicht überschreiten, darf aber auf keinen Fall höher als 1 Jahr liegen.

Wohl wird gesagt, die einzelrichterliche Kompetenz von 3 Jahre Freiheitsentzug sei eine Kann-Vorschrift. Die Erfahrung lehrt aber etwas anderes: das, was man darf, versucht man auch zu tun.

Sofern Effizienzgründe für die Erhöhung der richterlichen Kompetenz angeführt werden, muss darauf verwiesen werden, dass der VE ja auch das abgekürzte Verfahren für unbestrittene Fälle kennt. Dieses birgt viel mehr Einsparungsmöglichkeiten als die Erhöhung der Einzelrichterkompetenz, wenn es nur genutzt wird. Die bestrittenen Fälle sollen nach wie vor einem Kollegialgericht zur Beurteilung unterbreitet werden, abgesehen von weniger schwerwiegenden Fällen (d.h. bis 6 Monate Freiheitsentzug).

Die Erhöhung der einzelrichterlichen Strafkompetenz wird damit begründet, dass einerseits mit der Revision des allg. Teils des StGB zu erwarten ist, dass der Rahmen für die Gewährung von bedingten Strafen auf 3 Jahre angehoben werde und dass daneben ja gut ausgebaute Rechtsmittelmöglichkeiten bestünden. Beides ist falsch.

Zum einen beträgt heute die Grenze für bedingte Strafen 18 Monate, dennoch kennt kein Kanton eine Strafkompetenz des Einzelrichters von 18 Monaten, sondern diese liegen wesentlich darunter. Und Rahmen der Revision des Allgemei-

³⁶ Vgl. dazu die Statistik, die im Begleitbericht zu m Vorentwurf selbst angeführt wird (Begleitbericht, S. 45, Fn. 17): Im Kanton Bern wurden 1998 nach der Erhöhung der Einzelrichterkompetenz auf 1 Jahr Freiheitsentzug ,von Einzelgerichten 3853 Endurteile, von Kollegialgerichten 309 Endurteile gefällt. Demzufolge fallen allein bei einer Einzelrichterkompetenz von 1 Jahr Freiheitsentzug schon mehr als 92,5% der Anklagen in diese Zuständigkeit.

nen Teils des StGB geht die Tendenz dahin, die Grenze für bedingte Strafen nur auf 2 Jahre zu erhöhen.

Zum anderen kann von gut ausgebauten Rechtsmittelmöglichkeiten keine Rede sein. Wie bereits erwähnt besteht keine Beschwerdemöglichkeit gegen die Abweisung von Beweisanträgen. Weiter muss das erstinstanzliche Urteil *innert 10 Tagen* angefochten werden und zwar reicht nicht bloss die Erklärung innert dieser Frist, dass man ein Rechtsmittel ergreife, sondern es muss zudem angegeben werden, welche Punkte der Entscheidung angegriffen werden, aus welchen Gründen ein anderer Entscheid sich aufdränge, und welche Beweismittel dafür angerufen werden. Dies gilt insbesondere für sämtliche Beschwerden und teilweise auch für die Berufung. Innert 10 Tagen ist dies aber nicht möglich.

6.3.3 Unmittelbarkeit / Mittelbarkeit in der Hauptverhandlung

Die obigen Beschränkungen sind noch nicht genug, sondern im Rahmen der einzelrichterlichen Zuständigkeit findet nicht einmal mehr ein unmittelbares, sondern bloss ein sogenannt „einfaches“ Beweisverfahren statt. Die Bezeichnung täuscht darüber hinweg, was mit diesem Beweisverfahren eigentlich gemeint ist, nämlich ein nur mittelbares Beweisverfahren, in welchem grundsätzlich auf die im Vorverfahren gesammelten Beweise abgestellt wird. Zu prüfen ist bloss, ob die Beweisabnahme vollständig ist und gesetzmässig (unter Beachtung der Verfahrens- und Verteidigungsrechte) erfolgte, ob also die Beweisaufnahme durch die Staatsanwaltschaft keine groben Fehler aufweist (vgl. Art. 374 VE). Wenn dies zu bejahen ist, dann besteht die Beweisabnahme im Hauptverfahren bloss noch in der Befragung der angeklagten Person.

Dies wird um so bedenklicher, wenn berücksichtigt wird, wie viele Fälle durch Einzelrichterkompetenz erledigt werden sollen, indem die Einzelrichterkompetenz auf *sage und schreibe* 3 Jahre erhöht werden soll (vgl. Art. 24 Abs. 2 lit. b VE). Vergleicht man noch die statistischen Angaben im Begleitbericht zum Vorentwurf, so werden 95% und mehr³⁷ aller Strafprozesse nach diesem Schnellverfahren abgehandelt werden, sodass sich die Frage stellt, wofür ein Hauptverfahren überhaupt noch gebraucht wird.

³⁷ Vgl. dazu die Statistik, wie sie der Begleitbericht zum Vorentwurf selbst wiedergibt (S. 45 zu Fn. 17).

In Kombination mit der uferlosen Zuständigkeit des Einzelrichters führt das dazu, dass in über 95% der Fälle eine bloss mittelbare Hauptverhandlung stattfinden wird. Das ist keine Hauptverhandlung, die diesen Namen verdient, sondern die Hauptverhandlung wird zu einer reinen Willkürkontrolle über das Vorverfahren degradiert, in welchem nur bei groben Fehlern die Beweisergebnisse des Vorverfahrens nochmals überprüft werden. In allen anderen Fällen ist das Beweisergebnis des Vorverfahrens für den Einzelrichter verbindlich. Davon, dass der Richter sich selbst ein Bild über die Beweislage und damit über Schuld und Unschuld der angeklagten Person bilden muss, kann keine Rede mehr sein.

Der Vorentwurf verkennt dabei Sinn und Zweck der Zweiteilung des Strafverfahrens in ein Vor- und ein Hauptverfahren und damit die richterliche Aufgabe überhaupt. Die Zweiteilung in ein Vor- und ein Hauptverfahren ist eine der Errungenschaften des Code Napoléon, der die Abkehr von der Inquisition eingeleitet hat. Einer der Hauptvorwürfe an die Inquisition bestand darin, dass keine unabhängige Instanz über Schuld und Unschuld der beschuldigten Person urteilt, sondern dass die (vermeintlichen) Erkenntnisse des Vorverfahrens unmittelbar zum Urteil führten, ohne dass eine kritische Würdigung derselben stattfand. Ein zweiter betraf den Umstand, dass die Verteidigung nie die Möglichkeit hatte, ihren Gesichtspunkt in das Verfahren einzubringen. Die Ausgestaltung des gesamten Verfahrens muss den wichtigsten Grundsätzen des Verfahrens Rechnung tragen, die erfüllt sein müssen, damit das Verfahren als fair erachtet wird. Dazu gehört, dass die Verteidigung die Möglichkeit haben muss, wirksam das Ergebnis des Verfahrens mit zu gestalten, u.a. durch effiziente Beweisantragsrechte und Möglichkeiten, Entlastendes in den Prozess einzubringen (Stichwort: wirksame Verteidigung). Zum zweiten gehört dazu, dass ein unabhängiges Gericht in freier Würdigung der Beweise über Schuld oder Unschuld der beschuldigten Person urteilt. Zum dritten ist zu beachten, dass eine von der Staatsanwaltschaft zusammengetragene Akte zwangsläufig ein einseitiges Bild der Sache vermittelt, insbesondere dann, wenn die Verteidigung kein wirksames Beweisantragsrecht hat, im Vorverfahren als nicht als wirksam bezeichnet werden kann. Dasselbe gilt, wenn anstelle der Staatsanwaltschaft ein Untersuchungsrichter diese Aufgabe erfüllt, der nicht Richter im Sinne des Wortes ist, sondern selbst das Verfahren ein-

leitet und führt, also nicht mit der Sache befasst wird, sondern sich selbst mit ihr befasst.

Diese Erkenntnisse müssen zu Minimalforderungen der Verfahrensausgestaltung führen: Irgendeinmal im Verfahren muss die Verteidigung im Sinne des Wortes wirksam sein, indem sie ihre Sicht der Dinge einbringen und diese Sicht mit Beweisen untermauern kann. Dies kann sie effektiv erst, wenn der Tatvorwurf auf dem Tisch liegt, d.h. wenn das Vorverfahren – von wem auch immer geführt – abgeschlossen und die Anklage formuliert ist³⁸. Dann weiss die Verteidigung, was der beschuldigten Person vorgeworfen wird und wogegen sie sich bei ihrer verteidigenden Tätigkeit zu wenden hat. Als Folge daraus ergibt sich, dass in der Hauptverhandlung dieses Beweisantragsrecht am wirksamsten ausgestaltet sein und eine Pflicht des Gerichts bestehen muss, diese Beweisanträge abzunehmen, ohne dass mittels antizipierter Beweiswürdigung diese Beweisanträge bereits gefiltert werden können, denn die antizipierte Beweiswürdigung kann sich ohnehin nur auf die Sachlage abstützen, wie sie von der Staatsanwaltschaft und damit eben einseitig zusammengetragen worden ist. Als dritter Grundsatz muss eine unabhängige und unvoreingenommene Beweiswürdigung durch das Gericht gewährt sein. Das Vorverfahren hat nicht die Aufgabe, dem Gericht im Hauptverfahren die Beweiswürdigung abzunehmen, sondern die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass überhaupt über Anklageerhebung oder Einstellung entschieden werden kann. Damit ist aber für den Ausgang des Hauptverfahrens noch gar nichts gesagt. Denn die Trennung zwischen Vor- und Hauptverfahren hat noch einen anderen Sinn, nämlich den, durch das Vorverfahren dem Richter im Hauptverfahren den Rücken freizuhalten, ihn vor Befangenheit zu schützen, indem nicht er selbst die Beweise zur Stützung eines Verdachts suchen muss, sondern dass dies durch die Staatsanwaltschaft übernommen werden muss. Die Aufgabe des Richters besteht darin, die gefundenen Beweise sich selbst vorzuführen zu lassen und anzuhören und danach, also gestützt auf seine eigene Wahrnehmung³⁹, sich ein Bild und damit eine Überzeugung über Schuld und Un-

³⁸ So ergibt sich bspw. erst am Schluss des Vorverfahrens, ob ein Betrug oder eine Veruntreuung vorgeworfen wird, je nach dem, ob es einfacher ist, die Arglist oder das Anvertrautsein nachzuweisen.

³⁹ Insbesondere ist der persönliche Eindruck eines Zeugen von grosser Bedeutung für die Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit, denn die Einvernahme vor einem Gericht hat für Zeugen einen anderen Stellenwert als jene im Vorverfahren. Das drückt sich darin aus, dass in Kantonen mit vorherrschendem Unmittelbarkeitsprinzip bspw. dann, was nicht allzu selten vorkommt, wenn ein Zeuge vor Gericht anders aussagt als im Vorverfahren, auf die

schuld der angeschuldigten Person zu machen. Nach dem Vorentwurf tut der Richter dies aber gerade nicht mehr, sondern er übernimmt die Beweiswürdigung der Staatsanwaltschaft und greift nur bei groben Fehlern ein. Dieser Grundsatz kann insofern Einschränkungen erfahren, als eine unmittelbare Hauptverhandlung nur für jene Tatvorwürfe unabdingbar erscheint, die bestritten sind.

Demzufolge muss ein Verfahren, das in seiner Gesamtheit fair sein soll, folgende Grundzüge verwirklichen:

- eine effektive Verteidigung nach Abschluss des Vorverfahrens und Feststehens des Tatvorwurfs mit wirksamem Beweisantragsrecht;
- eine unmittelbare Hauptverhandlung, mindestens in den bestrittenen Punkten;
- eine Verteidigung der ersten Stunde zur Sicherstellung des rechtsstaatlichen Ablaufs des Vorverfahrens.

6.3.4 Gesamtwürdigung des Hauptverfahrens

Insgesamt und unter Berücksichtigung der Ausgestaltung der Verfahrensrechte im Vorverfahren muss gesagt werden, dass das ganze Strafverfahren nicht mehr als fair bezeichnet werden kann. Damit verstossen die vorgeschlagenen Regelungen spätestens in ihrer Gesamtheit gegen das Fairnessgebot gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, da der Verteidigung kein wirksames Beweisantragsrecht zusteht, das Hauptverfahren in 95% der Fälle nur noch eine Kontrollfunktion hat und weil Rechtsmittel innert 10 Tagen nicht nur angemeldet, sondern in den Grundzügen auch schon begründet werden müssen.

Aussage in der Hauptverhandlung abstützen und nicht auf jene im Vorverfahren, oder, wenn der Zeuge zur Hauptverhandlung gar nicht erscheint, wird regelmässig auf die Aussagen im Vorverfahren nicht abgestellt und der Beweis, wenn er auf dieser Aussage beruhte, als nicht erbracht erachtet.

7. RECHTSMITTEL

7.1 RECHTSMITTELFRISTEN

Bereits erwähnt wurde, dass die generelle Verkürzung der Rechtsmittelfristen auf 10 Tage eine faktische Verweigerung des Rechtsmittels darstellt, wenn eine Berufung innert dieser Frist angemeldet und zudem angegeben werden muss, gegen welche Teile des Urteils sie sich richtet, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden und welche Beweisanträge gestellt werden. Damit muss innert der 10-tägigen Frist doch schon eine halbe Berufungsbegründung verfasst werden, nachdem sich ein Gericht wochen- oder sogar monatelang Zeit lassen kann, die Begründung zu verfassen. In komplexen oder grossen Wirtschaftsdeliktsfällen, aber auch in komplizierten Verfahren, die allein auf Indizienbeweisen beruhen, können innert dieser kurzen Frist kaum alle nötigen Beweisanträge gestellt werden⁴⁰.

Der Fristendruck betrifft aber nicht nur die Verteidigung alleine, sondern das Einlegen des Rechtsmittels und der Inhalt desselben muss oft auch noch mit der Klientschaft besprochen werden. Wenn dann nicht einmal Gerichtsferien vorgesehen sind, kann die Verteidigung keine Rechtsmittel seriös in Absprache mit der Klientschaft ergreifen.

Demnach ist zu fordern, dass die Rechtsmittelfristen angemessen erhöht werden oder zumindest eine Möglichkeit eingebaut wird, diese gesetzlichen Fristen verlängern lassen zu können, wobei die Verlängerung durch das Berufungsgericht, nicht das erstinstanzliche Gericht, zu gewähren ist.

Im übrigen sieht Art. 454 Abs. 3 vor, dass die Kantone für Ober- oder Generalstaatsanwaltschaften längere Fristen vorsehen können, was klarerweise gegen das Prinzip der Waffengleichheit verstösst. Es kann im weiteren nicht angehen, dass eine Partei wegen der ihr zugestandenen längeren Beschwerdefrist abwarten und ihren Entscheid, die Sache weiterzuziehen, davon abhängig machen kann, ob die Gegenseite den Entscheid anfecht, um damit dem Folge der *reformatio in pejus* vorzubeugen.

7.2 Im übrigen sei auf die weiteren Detailbemerkungen unter Ziff. 8 verwiesen.

⁴⁰ Zu verweisen ist bspw. auf die Züricher Praxis. Eine Kassationsbeschwerde gegen ein obergerichtliches Urteil muss innert 30 Tagen vollständig begründet eingereicht werden. Da dies kaum je möglich ist, kann mit dem Gerichtsschreiber vereinbart werden, wann in etwa das obergerichtliche Urteil zugestellt wird. Ähnliches hat sich auch im Kanton BL beim Straf- und Obergericht eingebürgert, seit auch dieser Kanton Mammutprozesse zu bewältigen hat (Kosco, Transfer I und II).

8. REMARQUES SUR DIVERSES DISPOSITIONS

Art. 4 al. 1 Principe d'indépendance

La formule allemande "Recht und Gerechtigkeit" est au mieux une redondance et au pire une source de confusion; le texte français "ne sont soumises qu'à la loi" est préférable.

Art.5 Principe de célérité

Le principe de célérité est affirmé, ce que l'on ne peut qu'approuver, mais son respect doit encore être garanti (cf. supra, ch. 1.3).

Art. 9 al. 1 Maxime d'accusation

Il conviendrait de préciser que les faits à la base de l'accusation doivent être décrits très exactement dans tous leurs éléments essentiels d'ordre objectif et subjectif, ce non seulement lors de la mise en accusation mais déjà lors de l'inculpation.

Art. 11 al. 1 Libre appréciation des preuves

Cette disposition définit les preuves recevables (celles qui sont recueillies dans la procédure préliminaire et lors des débats); cela n'est pas nécessaire et peut être injustifié, notamment lorsque le principe d'immédiateté doit être respecté. Par ailleurs, l'affirmation du principe de l'intime conviction peut être mal comprise et confondue avec l'arbitraire si elle n'est pas contrebalancée par les exigences de rationalité et de motivation. Il suffirait de prévoir : *"Le tribunal apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles sur les preuves légales."* (cp. art. 249 PPF).

Art. 11 al. 3 Présomption d'innocence

Le principe "in dubio pro reo" n'est affirmé que du bout des lèvres. Il convient de rappeler son double aspect, dans la répartition du fardeau de la preuve et dans l'appréciation des preuves.

En français, la rencontre des termes "insurmontable" et "subsiste" est constitutive d'un pléonasme.

- Art. 17 Tâches de la police
On renvoie, pour les tâches de police, aux chiffres 2.2.4.2.4, 3.3.1.1 et 6.1.
- Art. 20 Indépendance du ministère public
L'indépendance du ministère public est mal définie puisque, par renvoi à l'article 4, elle ne porte que sur l'application du droit (Rechtsanwendung). On se demande si elle couvre l'interdiction des instructions portant sur un cas particulier, ou si elle s'étend à celles qui portent sur des priorités ou des questions de politique criminelle. La réflexion mériterait d'être approfondie.
- Art. 24 Juge unique
On renvoie au chiffre 6.3.2 ci-dessus.
- Art. 58 al. 2 Droit des parties dans l'entraide nationale
Il y aurait lieu de compléter le renvoi par la mention à l'art. 102 alinéa 1^{er} (fixation des délais et des assignations), ce pour garantir le droit effectif des parties de participer à l'acte.
- Art. 65 al. 3 Procédure sur demande de récusation
L'exclusion de toute administration de preuves dans les procédures de récusation n'est pas admissible. Elle peut conduire à priver une partie de son droit de voir sa cause traitée par une autorité ou un juge indépendant.
- Art. 65 al. 5 Conséquences de l'admission de la récusation
La disposition est contradictoire. On ne peut à la fois affirmer que des actes sont entachés de nullité (ungültig) et peuvent être attaqués par la voie du recours, ce qui est le propre de l'annulabilité. Quand le recours devrait-il être déposé ? Au cours de la demande de récusation ou une fois la demande de récusation admise ?
La disposition doit être repensée.
- Art. 69 al. 2 Police de l'audience
Les mesures de police d'audience posent un problème lorsqu'elles relèvent du ministère public, qui n'est qu'une partie à la procédure. Ces mesures devraient à

tout le moins pouvoir faire l'objet d'un recours, ce qui ne découle pas avec une totale clarté de l'art. 462.

Art. 70 al. 3 Sanctions disciplinaires

Même remarque que ci-dessus : les mesures autres que les amendes devraient également être susceptibles de recours.

Art. 75 al. 2 Droit du prévenu à une traduction

Le prévenu doit pouvoir obtenir une traduction des pièces du dossier, à tout le moins de celles que son défenseur juge essentielles (cf. 3.1.3).

Art. 77 al. 3 Prise d'images ou de son (publicité)

La prise d'images ou de son représente une atteinte à la personnalité des personnes qui participent à la procédure. La loi prévoit, de manière correcte, l'interdiction des prises non autorisées; elle devait également définir les conditions d'une autorisation et ne pas se borner à régler la compétence.

Art. 80 al. 1 Devoir de discrétion

L'obligation de discrétion est le principe et ne doit pas être abandonnée à l'appréciation, par celui qui y est tenu, de l'existence d'un intérêt public ou privé au maintien du secret. Il convient donc de supprimer la mention "*pour autant qu'il existe un intérêt public ou privé au maintien du secret*".

Art. 81 al. 4 Information du public

Le rapport ne donne aucune explication sur l'incidence des droits de la défense sur le contenu des communiqués. La meilleure solution pour prévenir les difficultés serait d'imposer une consultation préalable des parties.

Art. 82 al. 4 Communications à d'autres autorités

Le texte ne précise ni les conditions matérielles de communications à d'autres autorités ni la compétence pour les ordonner. Il conviendrait à tout le moins de réserver l'exigence d'une base légale formelle.

On doit par ailleurs se demander s'il est réellement opportun de permettre l'utilisation du procès pénal, de manière générale, comme source d'information notamment pour les autorités administratives.

Art. 83ss Procès-verbaux

- a) Le contenu des procès-verbaux d'audition est très souvent lacuneux et tendancieux. Il ne permet pas d'apprécier la portée véritable des déclarations et encore moins leur crédibilité.
- b) La règle devrait être que toutes les questions et toutes les réponses soient consignées intégralement au procès-verbal.
- c) L'exactitude du procès-verbal devrait pouvoir être vérifiée sur la base d'enregistrements, lesquels ne pourraient être effacés qu'une fois que toutes les parties auraient reconnu l'exactitude du procès-verbal.
- d) On peut également songer à d'autres moyens tels que la mise en œuvre de sténographes assermentés et indépendants de la direction de la procédure.

Art. 93 Renonciation à l'exposé des motifs

Il convient de préciser le texte en ce sens que le jugement est rédigé et notifié sans frais supplémentaires. Les parties n'ont pas à payer pour l'exercice d'un droit constitutionnel.

Art. 97 Forme des communications

al. 1 et 4 Le rapport entre les deux dispositions n'est pas clair. L'alinéa 1^{er} pose le principe de la communication écrite et postale et l'alinéa 4 règle la télétransmission, mais sans préciser dans quel cas elle est admissible.

Art. 100 al. 3 Notification par affichage

L'affichage d'un acte judiciaire à la porte du domicile est obsolète et ne présente aucune sécurité, notamment en matière de réception effective et de confidentialité.

Art. 102 al. 2 Suspension des délais légaux

La disposition n'est pas claire et la loi devrait indiquer de manière précise si et dans quelle mesure le décès d'une partie ou de son représentant entraîne la suspension du délai légal.

Art. 102 al. 3 Effet des vacances judiciaires sur le cours des délais

Le principe devrait être que les vacances judiciaires suspendent les délais. Une exception ne se justifie que dans les questions de détention préventive.

Art. 105 al. 2 Délai de grâce

La fixation de délais non prolongeables prive les parties de faire valoir de justes motifs de prorogation, qui peuvent se produire entre le moment de la fixation du délai et celui de son expiration. La fixation d'un délai non prolongeable devrait demeurer exceptionnelle et être dûment motivée.

Art. 107 al. 1 Restitution des délais

Les conditions de la restitution de délai sont définies avec une rigueur qui est appropriée en procédure civile et administrative. On peut se demander si, en matière pénale, il est correct d'imputer au prévenu les manquements de ses représentants et de ses défenseurs.

Art. 110 Contenu des dossiers

Le dossier devrait être complet, ce qui implique

- la prohibition de pièces non versées au dossier ou de dossiers parallèles,
- la mention de toutes les opérations effectuées, par exemple les prises d'informations auprès de tiers, les auditions non verbalisées (sous réserve de la détermination du moment à partir duquel ces informations doivent devenir accessibles).

Pour garantir le respect de ce principe, on devrait prévoir l'établissement d'un journal détaillé de toutes les opérations, tenu par ordre chronologique.

Art. 111 Consultation du dossier

On renvoie à ce qui est exposé sous 3.1.3.

La consultation du dossier devrait être permise sans restriction avant les actes d'instruction les plus importants, notamment les auditions de témoins.

La rétention d'une partie du dossier devrait être annoncée; elle devrait faire l'objet d'un acte séparé, dûment motivé et dont le fondement pourrait être vérifié après la levée de l'embargo.

Art. 117ss Droits des parties

On renvoie, de manière générale, au chiffre 3.

Art. 123 al. 2 Incapacité temporaire du prévenu

La disposition n'est pas fondée car, si le prévenu n'est que temporairement incapable de prendre part aux débats, les actes en cause doivent être renvoyés, sauf cas d'impossibilité ou de mise en danger du résultat de la procédure; les actes non différables doivent être accomplis en présence du défenseur.

Art. 126 al. 2 Action civile en cas de subrogation

L'exercice de l'action civile dans le procès pénal est une faveur accordée à la victime de l'infraction. Il n'y a aucune raison de l'étendre à un tiers subrogé, notamment un assureur ou une autre personne morale.

Art. 129 al. 3 Option entre la voie civile et la voie pénale

La règle "electa una via, alia non eligenda" doit être limitée aux cas de véritable litispendance et non à de simples mesures d'interruption de prescription telles que des poursuites ou une citation aux fins de conciliation. Une précision pourrait être apportée au texte dans ce sens.

Art. 132 al. 4 Effet de l'acquiescement sur l'action civile

Si le prévenu est acquitté, la faveur qui est faite au lésé de pouvoir déduire au pénal des prétentions civiles ne se justifie plus. En cas d'acquiescement, les prétentions civiles devraient être renvoyées au juge civil.

Art. 133 al. 3 Constitution de plusieurs mandataires

La condition "*pour autant que la procédure n'en soit pas retardée de manière indue*" n'a guère de sens; il appartient à la direction de la procédure d'organiser

le déroulement de l'instance de manière à ce que la pluralité de mandataires ne retarde pas la procédure.

Art. 133

Représentation par les avocats

al.5 et 6

Le projet traite différemment la défense du prévenu, pour lequel il retient le monopole des avocats, et la défense des autres parties, pour lesquelles il est possible de recourir à n'importe quelle personne jouissant de la capacité civile, d'une bonne réputation et digne de confiance (Rapport p. 97). La différence de traitement est totalement injustifiée. Techniquement, il est aussi difficile de défendre une partie civile qu'un prévenu et le besoin de protection des autres parties fait apparaître injustifiable le risque auquel elles sont exposées de confier leur défense à des personnes ne justifiant pas de compétences professionnelles suffisantes.

Art. 136

Cas de défense nécessaire

Tout prévenu en état d'arrestation devrait être obligatoirement assisté d'un défenseur, au moins après un certain nombre d'heures. Il est en effet indispensable que, dans la procédure qui se déroule devant le tribunal des mesures de contrainte, le prévenu arrêté provisoirement soit assisté.

L'introduction de la défense obligatoire devrait également être envisagée pour les cas dans lesquels cette mesure est indispensable à la bonne marche de la procédure.

Art. 137

Mise en œuvre de la défense nécessaire

Lorsque la défense est obligatoire, elle doit être assurée non seulement après le premier interrogatoire par le ministère public mais avant même cet interrogatoire; par identité de motifs, la défense doit également être assurée avant un premier interrogatoire par la police.

Le critère retenu à l'art. 137 alinéa 3 n'est pas pertinent; la nullité ou l'annulabilité doivent être encourues dès que la défense était nécessaire et n'a pas été assurée; peu importe à cet égard que la nécessité de la défense ait été reconnaissable car la nullité n'est pas la sanction d'une faute de l'autorité mais d'une méconnaissance objective des droits de la défense.

Art. 138/139 Défense d'office

Ces deux dispositions ne distinguent pas suffisamment

- la désignation d'un défenseur d'office, qui intervient si la défense obligatoire n'est pas assurée ou si le prévenu qui a droit à l'aide judiciaire n'est pas en mesure de se constituer un défenseur choisi,
- l'aide judiciaire, qui peut être accordée que la défense soit obligatoire ou qu'elle soit facultative mais remplisse les conditions des art. 138 al. 2 et 3 (aide judiciaire qui doit être compatible avec la constitution d'un défenseur choisi, au besoin confirmée par l'autorité compétente).

Art. 141 Indemnisation du défenseur d'office

La réserve formulée en faveur du droit cantonal n'est pas justifiée. L'unification de la procédure passe également par une unification des conditions matérielles de la défense. On ne voit pas pourquoi, dans certains cantons, les prévenus au bénéfice de l'aide judiciaire seraient, de par la rémunération de leur défenseur, placés dans la même situation que tout autre justiciable, alors que, dans d'autres cantons, leur défenseur serait rémunéré d'une manière qui, à la limite, ne couvrirait même pas les frais généraux d'une étude. Là également, l'unification du droit est souhaitable.

Art. 146 Droit à la preuve

L'alinéa 1^{er} ouvre la porte à l'appréciation anticipée des preuves; cette dernière ne devrait être admise que si son résultat ne laisse place à aucun doute raisonnable.

On se demande quelle est la signification de la notion de moyens de preuve "inaccessibles". Cette notion apparaît inutile : si l'administration d'un moyen de preuve est impossible, elle n'a d'emblée pas lieu. Si elle est possible et porte sur un fait pertinent, elle doit être ordonnée, sous réserve que l'accusation n'y renonce et assume les conséquences du fardeau de la preuve.

Art. 147 Méthodes d'enquête; inaliénabilité des droits de la défense

L'alinéa 2, dont le contenu n'est pas critiquable, doit être interprété dans le sens qu'il constitue une confirmation de la règle générale selon laquelle les parties ne peuvent valablement renoncer à leurs droits, notamment aux droits de la dé-

fense. Une précision devrait être apportée dans ce sens, ce d'ailleurs dans les principes généraux (art. 3 à 12).

Art. 148-150 Sort des preuves obtenues illégalement

Cette section doit être entièrement repensée et l'on renvoie à ce qui est exposé sous chiffre 5 ci-dessus.

Art. 151 al. 3 Auditions par la police

L'enquête relève du ministère public et non de la police (cf. supra ch. 2.2.5.2.2, ch. 3.3.1.1 et ch. 6.1).

La réserve faite en faveur du droit cantonal pour donner à la police la compétence d'entendre des témoins présente un double risque; ce à tout le moins si l'audition a lieu dans l'enquête préliminaire de police et non dans l'exécution des commissions rogatoires visées à l'art. 343.

- Elle constitue, de fait, une renonciation à l'unification de la procédure pénale. Dans les cantons qui auront fait usage de cette compétence, toute l'enquête sera placée entre les mains de la police et le ministère public n'aura plus qu'un rôle formel ou de contrôle.
- Des auditions de témoins faites de manière non contradictoire par la police conduiront à figer l'état de la procédure. Les témoins ne pourront en effet plus se rétracter ou modifier leurs dépositions sans encourir les peines applicables au faux témoignage. Leur réaudition de manière contradictoire ne sera souvent qu'une formalité vide de sens, ou la cause de drames inutiles..

Art. 155 al. 2 Rapports écrits

Le droit pour une partie de faire entendre l'auteur d'un rapport écrit doit être inconditionnel (art. 6 ch. 3 lit. d CEDH).

Art. 156 al. 4 Suspension du caractère contradictoire de l'instruction

La norme de l'avant-projet est imprécise et les résultats de son application imprévisibles. Elle doit être reprise sur la base de réflexions approfondies :

- On ne saurait, à l'évidence, adopter la même règle pour les débats principaux, devant le tribunal, et pour l'instruction par le ministère public.

- Pour l'instruction par le ministère public, on doit poser le principe du caractère contradictoire de l'enquête et définir les cas dans lesquels il est indispensable d'apporter une exception à la règle. Il faut, à cet effet, examiner d'une manière détaillée la situation des diverses catégories de personnes qui peuvent être entendues et la position de chacune de ces parties et de leurs mandataires.

Art. 158 Participation à l'administration des preuves

L'alinéa 1^{er} ne mentionne pas l'audition du prévenu. Est-elle couverte par la mention de "*l'administration d'autres preuves*" ?

Si, comme demandé, les tâches spécifiques de la police se limitent aux mesures qui ne peuvent être différées, il n'y a pas lieu de prévoir, à ce stade, le caractère contradictoire de la procédure. Il en va en revanche autrement si la police peut recueillir des moyens de preuve hors des cas d'urgence ou de péril en la demeure.

La simple formulation de questions à l'égard de l'autorité saisie d'une commission rogatoire ne permet pas de sauvegarder le droit d'être entendu des parties. Il conviendrait à tout le moins que les parties puissent être représentées lors de l'exécution de la commission rogatoire.

Art. 159 Assistance du prévenu par son défenseur

Le droit du prévenu d'être assisté de son défenseur doit être étendu aux interrogatoires conduits par la police.

Il y a lieu de préciser, à l'alinéa 4, que les co-prévenus doivent toujours être auditionnés comme personnes entendues aux fins de renseignements, mêmes s'ils ont déjà été jugés.

Art. 160ss Mesures de protection

On prend acte de ce que l'avant-projet renonce à introduire des programmes extra-procéduraux de protection des témoins. Comme il est raisonnable de penser que l'art. 165 demeurera lettre morte, on peut d'ores et déjà prévoir qu'il sera extrêmement difficile d'obtenir des témoignages en matière de lutte contre le crime organisé. L'autorité politique ne devrait pas renoncer à de tels instruments sans réflexion approfondie.

D'une manière générale, les conditions de mise en œuvre des diverses mesures de protection ne sont pas définies de manière suffisamment précise. Les relations avec les droits de la défense, notamment lors de la décision sur l'octroi de mesures de protection ou lors de leur mise en œuvre, ne sont pas définies. Est également abandonnée à la jurisprudence la question de la possibilité d'utiliser les moyens de preuve recueillis avec mise en œuvre de mesures de protection. La section entière devrait être réexaminée dans le sens de la recherche d'une clarté et d'une précision accrues.

Art. 167 Inculpation ou mise en examen

al.1 lit. a Le contenu de l'inculpation ou mise en examen doit être défini dans la loi. Cette dernière doit rappeler que l'acte reproché doit être défini de manière à pouvoir être identifié de manière précise. Il ne suffit pas d'indiquer au prévenu qu'il est entendu pour vol mais on doit lui faire connaître les circonstances lui permettant d'identifier l'infraction, notamment l'indication du lieu, du temps ou de l'objet volé. L'information doit également porter sur la qualification juridique, au moins la plus grave, qui entre en considération.

Art. 167 Rappel du droit au silence

al.1 lit. b L'indication sur le droit de refuser de faire des déclarations doit être complétée par la mention que les déclarations faites par le prévenu pourront être utilisées contre lui.

Art. 168 Interrogatoires dans l'enquête préliminaire de police

On renvoie à ce qui est exposé sous ch. 2.2.4.1.2, ch. 2.2.4.2.4, ch. 3.2.1 et ch. 3.3.1.1.

La FSA ne pourrait soutenir un projet ne reconnaissant pas le droit immédiat et inconditionnel à l'assistance par un défenseur, sans égard au fait que le prévenu est détenu ou libre, sans égard au fait que l'audition soit conduite par la police ou le ministère public.

Art. 176 al. 2 Exception au droit des proches de refuser de témoigner

L'exception au droit de refuser de témoigner ne correspond pas à une nécessité avérée. La règle ne conduira qu'à favoriser le faux témoignage ou l'infliction de

sanctions à des témoins rénitents. Il serait par ailleurs vain d'espérer que cette disposition permette de lever la "loi du silence" qui est imposée dans certains milieux. En cas de violences familiales, notamment, des mesures extra-procédurales de protection des témoins seraient certainement plus efficaces.

Art. 178 Témoignage du professionnel délié du secret

Dans la plupart des cantons, le secret professionnel a un caractère absolu et le professionnel, notamment l'avocat, peut refuser de témoigner même s'il est délié (AG, BL, FR, GE, JU, SG, TI, VD).

Cette conception est également celle que l'on retrouve à l'article 13 alinéa 1^{er} de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats. Il y a contradiction entre cette loi et l'avant-projet; la divergence est insurmontable, les deux lois ayant caractère spécial, la loi sur les avocats ne régissant que le secret professionnel de l'avocat et l'avant-projet, que la levée du secret dans la procédure pénale. La règle selon laquelle le professionnel tenu au secret devrait déposer dès qu'il en est délié est particulièrement choquante notamment si l'on considère que l'ayant droit au secret n'est pas véritablement libre d'accepter ou de refuser de délier le détenteur. La correction prévue à l'alinéa 3 n'en est pas une, puisque l'autorité devrait apprécier l'intérêt au maintien d'un secret qu'elle ne connaît par définition pas encore.

On peut par ailleurs se poser des questions sur l'efficacité de la disposition : il est évident qu'un avocat devra accepter d'encourir les peines prévues à l'art. 183 plutôt que de se prêter à un acte contraire aux règles de la déontologie professionnelle, aux principes d'un Etat fondé sur le droit, aux normes élémentaires du droit naturel. On part de l'idée que les ecclésiastiques, par exemple, réagiront de la même manière.

Art. 181 al. 1 Droit de refuser de témoigner pour éviter d'être mis en cause

Si l'on s'en tient au texte de l'avant-projet, le témoin serait tenu de déposer à sa propre charge, dès lors que les conditions de l'art. 176 al. 2 seraient remplies. Si tel est le sens de la norme, la solution n'est pas acceptable.

Art. 182 Exercice du droit de refuser le témoignage

L'alinéa 5 n'est pas satisfaisant car la portée d'un témoignage peut n'apparaître qu'ultérieurement. Au demeurant, celui qui a accepté de témoigner à l'enquête pourrait refuser de le faire devant le juge et, en ce cas, le principe d'immédiateté interdirait de retenir le témoignage.

Art. 184 Modalités de l'audition des témoins

L'indication du droit de refuser de témoigner doit être rappelée au début de chaque audition (al. 3).

La réglementation de l'alinéa 4 n'est pas satisfaisante : l'indication du droit de refuser de témoigner ne tend pas qu'à protéger le témoin mais à éviter la formulation de fausses dépositions. Son omission doit entraîner la nullité pure et simple de l'acte, sans préjudice pour l'autorité de réentendre le témoin mais en respectant les formes.

Art. 186 al. 2 Personnes entendues aux fins de renseignement

Les personnes entendues aux fins de renseignements doivent conserver cette qualité même dans des procédures ultérieures. Il est en tout cas exclu de placer un changement de qualité dans la liberté discrétionnaire du ministère public.

Art. 187 Personnes entendues par la police aux fins de renseignement

Ou bien la police agit sur commission rogatoire du ministère public et respecte les mêmes règles que lui, ou bien elle agit pour la sauvegarde immédiate des moyens de preuve et elle n'a pas à établir de procès-verbal à faire signer, toutes les personnes étant d'emblée entendues à titre de renseignement.

On notera que le projet ne règle pas le cas de la personne qui a été entendue à titre de renseignement ou, plus grave, comme témoin, et qui devient ensuite prévenu. La seule solution envisageable est de prévoir la nullité de toute la procédure depuis l'audition en cause jusqu'à la formulation de l'inculpation.

Art. 190 Cas d'expertise

L'expertise doit être ordonnée dès lors que des connaissances particulières ou des capacités spéciales sont objectivement indispensables pour constater ou juger un état de fait; que, par hasard, le juge ou le ministère public dispose de ces

connaissances spéciales est sans pertinence. En effet, on conçoit mal l'administration de preuves qui auraient pour objet la formulation et la mise en œuvre de connaissances particulières du juge ou du procureur. Ces magistrats devraient d'ailleurs se prêter à des interrogatoires conduits par les parties ou leurs mandataires et être avisés des conséquences pénales d'une fausse déclaration. Leurs connaissances spéciales demeurent utiles pour la formulation des questions et l'appréciation des rapports.

Art. 194 al. 4 Instruction conduite par l'expert

Les investigations de l'expert sont mal définies et l'on peut se demander où se situe la limite entre celles qui sont simples et celles qui ne le sont pas. On pourrait éventuellement envisager que le magistrat qui met en œuvre l'expertise charge l'expert d'une commission rogatoire formulée de manière précise si la nature de l'investigation s'y prête. Les règles applicables aux commissions rogatoires délivrées à la police seraient applicables, ce qui impliquerait le respect des droits des parties.

Art. 206 Certificats médicaux

La réglementation particulière des certificats médicaux est problématique. Ces certificats peuvent être

- des titres ou pièces à conviction (par exemple dans une affaire d'escroquerie à l'assurance), mais on doit alors appliquer les règles relatives aux titres, ou aux pièces à conviction,
- des déclarations écrites sur des constats faits par le praticien, mais alors les règles sur le témoignage sont applicables,
- des constats de fait exigeant des connaissances spéciales, mais alors on doit se référer aux normes relatives à l'expertise.

Art. 210 al. 1 Forme des ordonnances de mesures de contrainte

Les mesures de contrainte sont des atteintes à des libertés publiques et doivent donc être motivées de manière suffisante. L'ampleur de la motivation dépendra notamment de l'importance de l'atteinte. Les termes "kurz" ou "brève" doivent être supprimés.

Des mesures devraient être prises pour prévenir la délivrance de mandats en blanc. Une solution simple est celle des carnets à souche de formules numérotées. La durée de validité des mandats devrait également être limitée.

Art. 214 Mandat de comparution

La citation en qualité de prévenu doit mentionner le droit de ne pas répondre et celui de se faire assister d'un défenseur.

Art. 219 Mandats de comparution délivrés par la police

On ne voit pas pour quel motif la police serait autorisée à délivrer des mandats de comparution sans observer les formes et le contenu prévus à l'art. 214. Devrait demeurer ouverte la possibilité pour la police d'obtenir, oralement ou téléphoniquement, la comparution d'une personne, et ce sur une base purement volontaire.

Art. 220 Conditions pour la délivrance d'un mandat d'amener

al. 1lit. b Pour la délivrance d'un mandat d'amener, doivent exister des motifs concrets permettant de retenir que la personne ne donnerait pas suite à un mandat de comparution.

Art. 221 Exécution du mandat d'amener

Il y aura lieu de préciser que la visite domiciliaire n'est admise que pour l'exécution du mandat d'amener.

On ne peut qu'appuyer le texte de l'alinéa 2, qui impose d'exécuter le mandat "*avec le maximum d'égards pour la personne concernée*".

Le mandat d'amener (alinéa 3) devrait toujours être présenté à la personne objet de la mesure. A tout le moins, la police devrait-elle offrir à cette personne la faculté de prendre connaissance du mandat.

Art. 223 Durée de la détention

La limitation de la durée de la détention préventive n'est pas satisfaisante. On devrait songer à des durées maximum absolues (cf. ch. 1.3 ci-dessus). Si l'on veut s'en tenir à une supputation de la durée de la peine, la détention ne devrait en tout cas pas dépasser deux tiers de la peine prévisible; on relève que cette

réglementation n'est pas sans danger puisqu'elle peut inciter à fixer des peines en fonction de la détention préventive subie.

Art. 226 Appréhension par la police

L'appréhension par la police et surtout la conduite au poste sont des mesures constituant une atteinte grave à une liberté fondamentale. L'art. 226 de l'avant-projet constitue un blanc-seing et ne définit pas les conditions matérielles de l'appréhension; on pourrait songer aux cas suivants :

- appréhension en cas de crimes ou délits flagrants;
- appréhension en cas d'urgence, notamment aux fins d'identification;
- personne correspondant au signalement d'un mandat.

Art. 228 Rafle

La rafle est une atteinte d'une gravité extrême aux libertés individuelles. Elle peut être utilisée – détournée – pour aller à la recherche de moyens de preuve, sans un début d'indices. Le recours à cette mesure est d'ailleurs très prisé dans les Etats policiers ou totalitaires.

Cela étant rappelé, la rafle peut s'avérer indispensable; elle doit donc être admise mais à des conditions strictes :

- La police ne devrait pouvoir ordonner de rafle qu'en cas d'urgence; la mesure, lorsqu'elle est planifiée, devrait relever du tribunal des mesures de contrainte.
- Les conditions matérielles devraient être précisées notamment quant à la gravité du soupçon et à l'importance des infractions.

Art. 229 Arrestation provisoire par la police

Hors les cas prévus à l'alinéa 1^{er}, la police ne devrait pouvoir procéder à une arrestation provisoire qu'en cas d'urgence; si tel n'est pas le cas, la police doit demander la délivrance d'un mandat d'amener au ministère public. Le texte de l'alinéa 2 constitue un blanc-seing inadmissible

La réglementation de l'alinéa 3 n'est pas non plus satisfaisante : si le magistrat du ministère public estime l'affaire suffisamment grave pour délivrer un mandat d'amener en vue d'arrestation provisoire, il doit entendre immédiatement la

personne. La disposition servira, tôt ou tard, à éluder la règle qui interdit à la police de délivrer des mandats d'amener.

Art. 232 Durée de la garde à vue policière

La durée de la garde à vue ordonnée par la police est excessive. Elle doit être réduite à 12 heures au plus (cf. art. 107 CPP FR). Le ministère public doit organiser une permanence au sein de ses magistrats (procureurs ou substituts).

Art. 233-249 Détention préventive

Cf. chiffre 4.1 ci-dessus.

Art. 250 al. 6 Mesures de substitution

On signale que dans le texte allemand, la levée des mesures de substitution ne peut être demandée qu'après six mois et, dans le texte français, après trois mois. Quoi qu'il en soit le délai – de six mois ou de trois mois – est excessif, s'agissant de mesures qui peuvent être extrêmement lourdes, tels les arrêts domiciliaires.

Art. 252 Utilisation des sûretés libérées

La dévolution des sûretés libérées n'est envisageable que si elles sont fournies par le prévenu lui-même; les sûretés fournies par des tiers ne garantissent pas l'exécution de prononcés pécuniaires mais couvrent seulement le risque de fuite. L'alinéa 2 doit être corrigé dans ce sens.

Art. 256 Fouilles et perquisitions et droit de refuser de témoigner

Les personnes qui ont le droit de refuser de témoigner ou de déposer doivent être avisées de leur droit de s'opposer à des fouilles et perquisitions ainsi que, le cas échéant, d'obtenir la mise sous scellés de documents ou pièces saisis.

Art. 259 Mise sous scellés

La mise sous scellés doit pouvoir être exigée inconditionnellement; c'est-à-dire sur simple déclaration du détenteur qui invoque un droit de refuser de témoigner ou de déposer ou d'autres motifs.

Art. 264 al. 3 Examen corporel et droit de refuser de témoigner

Les personnes qui peuvent refuser de témoigner doivent, de manière générale, pouvoir s'opposer à un examen physique.

Art. 272 al. 3 Exécution de la perquisition dans les papiers

Pour faire le tri entre les données dont le contenu est protégé et les autres données, l'appel à un agent indépendant doit être obligatoire. Si tel n'est pas le cas, la protection due ne sera pas assurée puisque le contenu des pièces sera révélé à des agents de la poursuite pénale.

Art. 274 al. 2 Limitation du séquestre

Les distinctions indispensables n'ont pas été opérées. Les documents établis par le prévenu, telles notes personnelles, après l'ouverture de la procédure pénale doivent être frappés d'une interdiction absolue de séquestre. Si tel n'est pas le cas, les facilités nécessaires à la défense ne sont plus assurées. La réglementation proposée ne peut être acceptée que pour les documents établis antérieurement.

Art. 275 al. 1 Obligation de déposer les objets soumis à séquestre

Le prévenu n'a pas l'obligation de déposer les objets ou valeurs qui devraient être séquestrés, nul n'étant tenu de se charger lui-même. C'est la raison pour laquelle ces objets et valeurs peuvent lui être enlevés par la force.

Art. 278 Séquestre patrimonial

Le séquestre patrimonial prévu dans cette disposition constitue un système d'exécution des dettes de sommes d'argent créé en marge de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. A priori, cette dernière ne serait pas applicable, compte tenu de son article 44. On en vient à instituer un système de privilèges accordés à certains créanciers, sans aucune justification. La formulation de l'art. 278 al. 1^{er} est tellement ouverte qu'elle peut couvrir notamment les dommages et intérêts alloués à la partie civile. Pour quelle raison cette dernière devrait-elle être payée par privilège sur tous les autres créanciers, si elle intervient dans le procès pénal, et concourir avec les autres créanciers si elle agit par la voie civile ?

La nécessité du séquestre patrimonial doit être réexaminée et son étendue, le cas échéant, doit être limitée.

Art. 297/298 Observation policière

Cf. chiffre 4.2 ci-dessus.

Art. 318/319 Surveillance des relations bancaires

Cf. chiffre 4.3 ci-dessus.

Art. 320 Identification judiciaire

al. 1lit. a La constatation de l'identité est le but de l'enregistrement par le service d'identification judiciaire et non le motif. La loi doit indiquer dans quels cas ou sous quelles conditions l'enregistrement de personnes par le service d'identification judiciaire peut être ordonné.

Art. 323 al. 4 Conservation des données de l'identification judiciaire

La possibilité de conserver les documents et données après l'entrée en force de décision d'acquittement ou de classement est pour le moins problématique : censée servir à la découverte de futures infractions – par définition non encore commises – elle semble fondée sur l'idée que le prévenu acquitté était de toute manière coupable, puisqu'il était poursuivi, et qu'il ne saurait s'abstenir de recommencer. Le texte légal couvre des cas bien plus larges que ceux qui sont mentionnés dans le Rapport (p. 195).

Art. 333-337 Enquête préliminaire de police

Cf. chiffre 2.2.5.2.2, et chiffre 6.1 ci-dessus.

Art. 339 al. 4 Communication de la décision d'ouverture de l'instruction

La disposition est critiquable. Dès le moment où l'instruction peut ou doit avoir un caractère contradictoire, son ouverture doit être signifiée au prévenu. Si tel n'est pas le cas, il ne peut exercer ses droits de participation dans la procédure. Cela vaut également pour la victime qui se constitue partie pénale.

Art. 340 Investigations préalables

On ignore quelle est la nature exacte des interrogations informelles (al. 2 lit. b). Doivent-elles faire l'objet de procès-verbaux ou de rapports écrits ? Peuvent-elles être utilisées comme un moyen de preuve ?

La réglementation du refus d'entrer en matière est ambiguë. L'absence de communication du refus de suivre et de voies de recours n'est envisageable que s'il n'y a pas eu de plainte ou de dénonciation formelle; le Rapport le dit (p. 204) mais cela ne ressort pas du texte légal.

Art. 343 Commissions rogatoires à la police

Cf. chiffre 6.2 ci-dessus.

Art. 347 al. 5 Avance de frais à charge du prévenu en cas de poursuite sur plainte

Cette disposition n'est pas compatible avec la CEDH.

Art. 349 Clôture de l'instruction

La communication orale de la prochaine clôture n'est envisageable que lors d'une audience et moyennant dictée au procès-verbal. Pour tous les autres cas, la notification doit se faire dans les formes ordinaires, par écrit.

Il n'y a aucune nécessité à fixer un délai légal pour les requêtes de complément de preuves. Le délai doit être adapté à la complexité de la cause et au temps dont les parties doivent pouvoir disposer pour analyser le dossier et, au besoin, opérer des investigations complémentaires. Un délai de dix jours est par ailleurs totalement insuffisant, sauf dans des cas particulièrement simples.

La réglementation des alinéas 4 et 6 est insatisfaisante. Le ministère public doit indiquer, au moins en substance, les raisons pour lesquelles il rejette une requête de complément de preuves. Sa décision doit pouvoir faire l'objet d'un recours. Si tel n'est pas le cas, il faut savoir en tirer la conclusion : les parties n'ont, lors de l'enquête, aucun droit d'obtenir du ministère public l'administration de moyens de preuve, même idoines et portant sur des faits pertinents. On devrait alors leur permettre de saisir le "juge de l'instruction" pour obtenir l'administration de preuves à futur, ce dans des conditions à définir.

Art. 351 lit. b Motifs de non-lieu

La disposition devrait mieux exprimer l'idée que la phase de renvoi est dominée par le principe "in dubio contra reum"; le non-lieu ne se justifie que si, sur la base des éléments recueillis, une condamnation n'entre pas en considération.

Art. 353 Communication du non-lieu

al. 2lit. a Le non-lieu doit toujours être notifié au prévenu, à moins qu'il n'y ait expressément renoncé. Peu importe qu'il n'ait même pas eu connaissance des investigations opérées. Des données sensibles ont été recueillies sur son compte et il doit pouvoir au besoin réagir.

Art. 356 Réouverture de l'instruction

Les décisions de reprise d'une instruction suspendue ou liquidée par ordonnance de refus de suivre ou de non-lieu doivent être communiquées.

L'ordonnance de reprise d'une procédure close par refus de suivre ou de non-lieu doit pouvoir être attaquée par la voie du recours, à tout le moins dans les cas autres que la clôture pour insuffisance de charges.

Art. 358 Contenu de l'acte d'accusation

L'acte d'accusation devrait pouvoir, au moins à titre facultatif, contenir une indication sur la sanction que le ministère public entend requérir.

Art. 362 Examen préliminaire de l'accusation

La tâche du juge du fond est de statuer sur une accusation recevable, ce sur la base des moyens de preuve administrés devant lui.

Si l'on veut organiser un contrôle de l'acte d'accusation, il faut le confier à une autorité distincte, telle une chambre d'accusation – qui pourrait également jouer le rôle de tribunal des mesures de contrainte – ou bien prévoir une procédure préliminaire, confiée à un juge autre que celui qui statuera sur le fond.

Le système devra être repensé après réexamen de la procédure des débats principaux.

Art. 365 Débat préliminaire; délégation

L'administration de preuves par une délégation du tribunal ne doit être admise qu'exceptionnellement, notamment si la réadministration n'est plus envisageable lors des débats principaux.

Art. 369 Comparution du ministère public

Contrairement à ce qui est prévu aux alinéas 3 et 4, la présence du ministère public aux débats devrait toujours être obligatoire. Cette présence est l'élément inhérent à tout système accusatoire. Elle assure au juge du fond, notamment au président, la position d'un arbitre impartial placé entre deux parties. Si le ministère public fait défaut, le président doit pallier cette absence en reprenant lui-même le rôle de l'accusation. Or c'est précisément ce que l'on veut éviter dans un système accusatoire.

Des exceptions sont envisageables lorsque le prévenu plaide coupable.

Art. 374-375 Procédure devant le juge unique

Cf. chiffre 2.2.4.2.3 et chiffre 6.3 ci-dessus.

Art. 376 al. 1 Division des débats

La division en deux parties doit pouvoir être exigée par le prévenu.

Art. 377 Administration des preuves devant le tribunal

Le critère retenu pour renoncer à une réadministration de moyens de preuve est imprécis et inadéquat ("dépense (Aufwand) disproportionnée", cf. ch. 1.2 ci-dessus).

Art. 378 al. 6 Interruption des interrogatoires croisés

La réglementation est inadéquate, car les interrogatoires croisés doivent être surveillés mais non guidés ou orientés par des questions intermédiaires du tribunal, au risque de jeter sur ce dernier un soupçon de parti pris. Les questions complémentaires sont suffisantes.

Art. 379 al. 4 Plaidoirie de la partie civile ou du plaignant

La restriction prévue à l'égard de la partie civile ou pénale est inutile et inopérante : en s'exprimant sur les conclusions civiles, la partie plaignante peut éluder l'interdiction qui lui est faite de se prononcer sur la question de la culpabilité. La limite – à faire respecter de manière stricte – devrait être l'interdiction pour la partie pénale ou civile de s'exprimer sur le choix de la sanction. On ne voit d'ailleurs par pourquoi la partie plaignante pourrait recourir sur la question de la culpabilité (art. 451 al. 2) mais se verrait interdite de parole à ce sujet devant le tribunal.

Art. 381 al. 4 Réouverture des débats

Si l'on opte pour un véritable système accusatoire, le tribunal n'a, théoriquement, pas à se substituer aux parties et à ordonner l'administration des moyens de preuve qu'elles ont omis de requérir. L'alinéa 4 montre toute l'ambiguïté du système, qui est en réalité inquisitoire, sous l'autorité du ministère public dans l'enquête, et reste inquisitoire aux débats, le juge prenant le relais de l'accusation. Vrai est-il qu'il faut trouver un compromis entre la logique du système accusatoire et l'exigence d'une instruction d'office (art. 6).

Art. 383 al. 1 Correction de l'acte d'accusation

Cette correction ne devrait être possible qu'en cas d'erreur manifeste, sans quoi le juge apparaît comme l'auxiliaire de l'accusation.

Art. 385ss Procédure simplifiée

En cas de rejet de la procédure simplifiée,

- les actes y relatifs devraient être mis sous scellés,
- le juge qui a rendu une ordonnance de non-confirmation ne devrait pouvoir siéger ultérieurement sur le fond.

Faire dépendre le recours à la procédure simplifiée d'un accord sur les prétentions civiles peut être problématique. On ne saurait exclure le risque d'abus de la part de la partie civile. Et même en l'absence d'abus, des incertitudes sur le principe ou l'étendue de prétentions civiles ne devraient pas constituer une entrave à une liquidation rapide et efficace des affaires pénales.

Art. 390ss Décisions judiciaires ultérieures

Les droits de la défense doivent être respectés également dans les procédures judiciaires indépendantes. Notamment, il y a lieu de régler le problème de l'aide judiciaire et, le cas échéant, de la défense nécessaire.

La personne objet de la peine ou de la mesure devrait pouvoir exiger une audition personnelle (art. 392).

La communication immédiate de la décision devrait être la règle mais des exceptions devraient pouvoir être possibles (art. 393 al. 3).

Art. 395 al. 3 Relevé du défaut

et 398 L'avant-projet contient une contradiction :

- Ou bien le tribunal procède selon les règles ordinaires, dans le respect du principe de l'immédiateté des preuves et l'on peut songer à limiter le droit du prévenu à obtenir un relevé du défaut;
- Ou bien le tribunal se contente de juger sur dossier et on se rapproche alors du système de la contumace, ce qui implique la caducité automatique de tous les actes de procédure en cas d'arrestation ou, à tout le moins, un droit inconditionnel du prévenu à obtenir le relevé du défaut.

Dans le système prévu, le prévenu est frustré du droit d'obtenir, une fois au moins, une procédure régulière en première instance, c'est-à-dire conforme au principe d'immédiateté.

Art. 410 al. 3 Procédure de confiscation

La prise en considération de constatations de faits de jugements pénaux étrangers et de moyens de preuves administrés à l'étranger suppose que ces actes aient été accomplis dans le respect des droits des parties, ce d'une manière qui corresponde aux exigences du droit suisse.

Art. 412 Conditions pour prononcer une ordonnance pénale

La procédure de l'ordonnance pénale devrait être exclue en cas de prononcé de peines privatives de liberté fermes. Le recours à la procédure simplifiée reste toujours possible.

Art. 415 Qualité pour former opposition à l'ordonnance

La qualité de la partie plaignante pour former opposition à l'ordonnance pénale devrait être limitée au cas où la culpabilité du prévenu n'a pas été reconnue sur certains points. Dans la solution contraire, on ouvre à la partie civile la voie de l'opposition dans le seul but de permettre le jugement de ses prétentions civiles par le juge unique ou le tribunal pénal. En clair, le recours à la voie de l'ordonnance pénale est laissé au bon vouloir de la partie plaignante, ce qui ne va pas contribuer à simplifier la procédure ni à augmenter l'efficacité de la répression.

Art. 421 Arrestations en matière de contraventions

La détention de 24 heures en matière de contravention apparaît disproportionnée.

Le motif d'arrestation et de détention prévu à l'art. 421 alinéa 1 lit. b, pour les étrangers qui ne veulent ni ne peuvent fournir immédiatement des sûretés pour l'amende, ressemble singulièrement à de la contrainte par corps.

Art. 451 al. 2 Qualité pour recourir de la partie plaignante

Si la partie plaignante est autorisée à recourir sur la question de la culpabilité, elle doit pouvoir s'exprimer à ce sujet en plaidoirie (art. 379 al. 4). Si l'on considère que la partie plaignante n'a pas à se prononcer sur la question de la culpabilité, notamment en plaidoirie, on ne doit pas l'autoriser à recourir sur ce point. Une option doit être prise sur ce sujet – difficile - et être suivie de manière logique.

Art. 453 al. 2 Avance de frais exigée en cas de recours du prévenu

Même conçue de manière restrictive, l'obligation prévue pour le prévenu qui recourt dans des affaires poursuivies sur plainte est hautement problématique. On ne voit d'ailleurs pas en quoi elle répond à un intérêt pratique.

Art. 454 al. 1 Délai de recours de dix jours

Un délai de dix jours n'est acceptable que pour une déclaration de recours, non pour le dépôt de moyens de recours.

Art. 454 al. 3 Délai de recours du procureur général

Un délai de recours différent pour l'accusation et la défense n'est pas acceptable et contraire au principe de l'égalité des armes : une partie est privilégiée si elle peut attendre, pour décider de recourir, de savoir ce que les autres ont fait à ce sujet. Il appartient aux cantons et à la Confédération d'organiser de manière adéquate les services du ministère public.

Art. 456 al. 1 Absence d'effet suspensif

Un moyen de recours ordinaire (recours et appel) devrait avoir l'effet suspensif à moins que, exceptionnellement et pour des motifs importants, il n'ait été retiré dans la décision attaquée et ne soit pas rétabli par l'autorité de recours.

Art. 457 Administration de preuves dans la procédure de recours

Si la cour d'appel doit pouvoir, sous réserve de l'art. 467 al. 4, revoir librement le jugement en fait et en droit, elle doit être au moins aussi bien informée que le juge de première instance. On ne saurait en effet envisager une voie de recours qui porte la cause d'un juge bien informé à un juge mal informé. Le principe de l'immédiateté de la preuve n'a certes pas la même portée en appel qu'en première instance, le juge d'appel pouvant en principe se fonder sur les moyens de preuve administrés devant l'instance inférieure. Toutefois, si le résultat de cette administration et l'appréciation du moyen de preuve par le juge de première instance sont contestés et portent sur des faits essentiels, les moyens en cause devraient être réadministrés devant la cour d'appel.

Une commission rogatoire au ministère public (al. 4) est hors de question : le ministère public ne peut être à la fois partie et membre du tribunal.

Art. 459 al. 3 Interdiction de la "reformatio in peius"

La disposition est imprécise et constitue une atteinte au principe de l'interdiction de la "reformatio in peius". On peut certes concevoir que la Cour d'appel soit autorisée à tenir compte de faits qui pourraient justifier une demande de révision de la part de l'accusation ou qui pourraient conduire à une extension de l'accusation selon l'art. 383 alinéa 2; dans ces cas, le renvoi de l'accusation à ouvrir une procédure de révision ou à déposer une nouvelle accusation pourrait

constituer une formalité inutile et préjudiciable à toutes les parties. Dans les autres cas, la reformatio in peius ne se justifie pas.

Art. 462 lit. a Actes sujets à recours

Le recours est limité aux actes de contrainte de la police dans l'enquête préliminaire. Rien n'est dit sur les modalités du contrôle des autres activités de la police (par exemple conduite d'un interrogatoire, désignation de la qualité de personne entendue). La question est à régler.

Art. 463 Exclusion du recours contre le rejet de requêtes de preuve

al. 1 lit. a Si l'on veut reconnaître aux parties un véritable droit, même limité, à obtenir l'administration de moyens de preuve dans l'enquête, la voie du recours doit être ouverte contre un refus. Les craintes que l'on peut formuler à l'égard de manœuvres retardatrices ne sont pas fondées. En effet, un recours contre une décision négative n'a pas d'effet suspensif, par définition, et rien n'empêche l'autorité de première instance de poursuivre son enquête ou sa procédure. En l'absence de voie de recours contre le rejet, par le ministère public, des requêtes de preuve, on devrait envisager de permettre aux parties de s'adresser à un juge de l'instruction.

Art. 469 Appel joint

Le dépôt d'un appel joint en matière civile ne soulève aucune difficulté. En matière pénale, le recours du ministère public est toujours interjeté dans l'intérêt de la loi et permet une réforme libre du jugement. On ne voit pas pourquoi le ministère public devrait attendre le dépôt d'un recours par le prévenu pour savoir si l'intérêt de la loi commande un recours de sa part. Cette décision peut être prise sur la base de l'analyse du jugement et ne dépend pas de la détermination du prévenu sur le dépôt ou non d'un appel. L'institution du recours joint ouvert au ministère public n'obéit qu'à des considérations d'ordre tactique, qui permettent de faire échec au principe de l'interdiction de la reformatio in peius. Par le dépôt de cet appel joint, le prévenu, menacé d'une aggravation de sa peine, est limité dans l'exercice de son droit de recourir, ou contraint à retirer son recours.

On relève par ailleurs que l'appel joint est inutile pour le prévenu, l'appel du ministère public étant toujours fait dans l'intérêt de la loi et permettant une réforme dans l'intérêt du prévenu.

Art. 472 Procédure d'appel écrite

La procédure écrite ne devrait être admise que si les parties sont assistées de mandataires professionnels, sans préjudice de la faculté pour la cour d'appel d'en désigner à celles qui ne sont pas assistées.

L'alinéa 2 devrait être supprimé : son intérêt pratique n'est pas démontré et le risque existe que l'accord des parties ne soit pas véritablement libre. Au demeurant on peut se demander s'il est possible de conduire une procédure d'appel en l'absence du prévenu, hors les cas réservés à l'alinéa 1^{er}.

Art. 479 Révision au préjudice du prévenu

La révision au préjudice du prévenu ne doit être ouverte qu'en cas d'acquiescement.

Art. 481 al. 4 Délai de révision

Le délai de révision de dix jours est très insuffisant. Il devrait être de trente jours ou de trois mois.

Art. 490 al. 1 Frais mis à la charge des héritiers

La responsabilité des héritiers pour les frais de procédure et les indemnités n'est pas contestable si les décisions qui les fixent ou les allouent sont entrées en force; elle découle alors des règles du droit civil. Elle est en revanche hautement problématique en l'absence de jugement, la présomption d'innocence interdisant de se fonder sur une hypothétique condamnation.

Art. 493 Emoluments de justice

La perception d'émoluments de justice au pénal correspond à une conception obsolète de l'Etat.

Les principes de couverture des frais et d'équivalence ne pouvant servir, au moins dans les procès importants, de limites raisonnables à la perception

d'émoluments, il conviendrait que le maximum soit fixé dans une base légale formelle.

Art. 494 al. 3 Frais de détention préventive

La réglementation proposée n'est pas acceptable :

- Elle conduit, au moins indirectement, à discriminer les personnes se trouvant dans une situation financière favorable, dont l'incarcération n'entraîne pas de frais engagés à fonds perdus.
- Son application devient problématique si l'on doit prendre en considération "les expectatives correspondantes". Il conviendrait, par exemple, de s'informer des dispositions testamentaires prises lorsque le prévenu mis en détention n'est pas héritier réservataire du futur de cuius. On devrait également examiner dans quel délai le prévenu mis en détention peut compter sur un décès de l'auteur de ses "expectatives".
- La détention préventive devant en principe être imputée sur l'exécution de la peine, le régime des frais devrait être le même que pour cette dernière.

Dans ces conditions, on propose d'attendre le résultat de la révision du code pénal (frais d'exécution des peines) pour régler le problème des frais de la détention préventive.

Art. 495 Mise des frais à la charge du prévenu acquitté

Les motifs retenus pour la mise des frais à la charge du prévenu acquitté correspondent certes à la pratique et à la jurisprudence. Le recours à une telle sanction est souvent utilisé comme une sorte de condamnation atténuée prononcée à l'encontre d'un prévenu qui n'a pu être qu'acquitté, en raison de la présomption d'innocence. Une application correcte de la norme supposerait d'ailleurs également une analyse de l'attitude des autorités de la poursuite pénale, la faute du prévenu, si faute il y a, n'étant souvent pas exclusive.

Ce genre de condamnation devrait être réservé à des cas où l'attitude du prévenu ferait apparaître choquante une exemption de tous frais. On devrait, à tout le moins, exiger le dol ou la faute grave.

Art. 497 Charge de frais en cas d'admission du recours

L'alinéa 1^{er} est suffisant.

La mise des frais à la charge de la partie qui recourt et obtient gain de cause ne peut être justifiée par le seul fait que les conditions de l'admission n'ont été réunies que dans la procédure de recours (art. 497 al. 2 lit. a). Si l'on veut poser ce principe, il faut encore exiger que ce retard soit imputable à une faute grave et exclusive de la partie recourante.

Art. 500 lit. b Réduction ou refus de l'indemnité

Le fait que la partie plaignante soit astreinte à indemniser le prévenu ne libère pas l'Etat de sa responsabilité. Il y a concours d'action et il convient, au besoin, de prévoir une action récursoire.

Art. 509ss Exécution des peines

La nécessité de règles de procédure se fait sentir également dans l'exécution des peines. La protection juridique doit y être garantie. Le chapitre est à développer.

Art. 510 Détention provisoire en vue d'exécution

Le droit d'être entendu de la personne arrêtée doit être sauvegardé.

Il conviendrait de préciser que la détention provisoire doit être imputée sur la durée de la peine.

Art. 512 al. 3 Compensation de créances

La disposition relative à la compensation est inutile et ne tient pas suffisamment compte de la complexité des situations qui peuvent se présenter. Un renvoi aux règles générales apparaît d'emblée suffisant, d'autant que celles-ci privilégient déjà les collectivités publiques (art. 125 ch. 3 CO).

9. VORENTWURF ZU EINEM BUNDESGESETZ ÜBER DAS SCHWEIZERISCHE JUGENDSTRAFVERFAHREN

9.1 ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

- a) Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über das schweizerische Jugendstrafverfahren überträgt den Jugendrichterinnen bzw. den Jugendrichtern u.a. folgende Aufgaben: Sie führen die Untersuchung (Art. 13); sie ordnen die vom Gesetz vorgesehenen Zwangsmassnahmen an (Art. 21); sie übernehmen den Vorsitz des Jugendgerichtes (Art. 16); sie sind zuständig für den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Art. 50).

Der SAV lehnt das vorgeschlagene Modell, bei welchem insbesondere die Aufgaben des Untersuchungsrichters und des Gerichtspräsidenten kumuliert werden, ab. Auch wenn offenbar bis anhin die Konventionswidrigkeit einer solchen Regelung für das Jugendstrafverfahren nicht festgestellt wurde (vgl. dazu Begleitbericht S. 49 bis 56), überwiegen die diesbezüglichen Bedenken gegenüber den vermeintlichen Vorteilen dennoch erheblich. Das neue schweizerische Jugendstrafverfahren soll nicht nur den internationalen Minimalstandards entsprechen (so aber der Begleitbericht S. 38), sondern es ist sicherzustellen, dass das gewählte System auch inskünftig einer höchstrichterlichen Überprüfung sicher standhält. Die im Begleitbericht vertretene Auffassung, wonach die Kumulierung der Aufgaben des Untersuchungsrichters und des Gerichtspräsidenten im Jugendstrafrecht *"mit der EMRK vereinbar zu sein scheint"* und dass dies *"nicht unbedingt ein Zeichen der Parteilichkeit des Richters"* (S. 52) sei, kann keine tragfähige Grundlage für eine zeitgemässe Neuregelung des Jugendstrafverfahrens sein. Es ist nicht ein Gesetz zu schaffen, das mit der EMRK vereinbar zu sein scheint, sondern es ist eine Lösung zu wählen, die sicher grundrechtskonform ist. Es ist dem Jugendstrafverfahren auch nicht ein System zu Grunde zu legen, das nicht unbedingt Zweifel betreffend der Parteilichkeit des Richters Anlass gibt, sondern es ist sicherzustellen,

dass es zur Besorgnis der Befangenheit des Richters aufgrund einer Ämterkumulation gar nicht erst kommen kann.

- b) An den Bedenken gegenüber dem vorgeschlagenen Modell ändert nichts, dass die Jugendlichen und ihre gesetzlichen Vertreter ohne Angabe von Gründen die Jugendrichterin oder den Jugendrichter als Mitglied des Jugendgerichts ablehnen können, wenn sie oder er die Untersuchungshaft, die Einweisung zur Beobachtung oder die vorsorgliche Unterbringung der Jugendlichen verfügt hat (Art. 17). Das systemimmanente Risiko der Befangenheit wird dadurch nicht behoben. Zudem ist keineswegs garantiert, dass die Jugendlichen und die gesetzliche Vertretung immer dann von ihrem Ablehnungsrecht Gebrauch machen, wenn dies angezeigt wäre. Abgesehen davon, dass sie eine allfällige Befangenheit gar nicht in jedem Fall zu erkennen vermögen, ist zu befürchten, dass sie unter einen nicht unerheblichen Anpassungsdruck geraten und auf eine Ablehnung nur deshalb verzichten, um eine (allenfalls auch nur vermeintliche) Schlechterstellung im Hauptverfahren oder im Rahmen des Straf- oder Massnahmenvollzuges, für den wiederum die Jugendrichter zuständig sind, zu vermeiden.
- c) Der Vorentwurf betont als angebliche Vorzüge des Jugendrichtermodells, dass das Verfahren damit in der Hand spezialisierter Richter bleibe (S. 48) und dass die Mitwirkung des Jugendrichters am Urteil des Jugendgerichts den Vorteil habe, dass der Jugendrichter die persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen und seiner Familie zur vorgeschlagenen Massnahme oder zur in Aussicht genommenen Strafe erleichtere (S. 55).

Der SAV hält ebenfalls dafür, dass die Jugendgerichte mit Personen besetzt werden sollten, die sich durch ihr besonderes Interesse für den Jugendschutzbereich auszeichnen. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb derart spezialisierte Jugendgerichte zwingend die Einführung des Jugendrichtermodells voraussetzen sollen. Aber auch das Argument, die Jugendrichter hätten deshalb den Vorsitz des Jugendgerichtes zu übernehmen, weil sie die persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen besonders gut kennen, überzeugt nicht. Damit die weiteren Mitglieder des Jugendgerichtes am Entscheid mitwirken können, sind ihnen

diese Kenntnisse ohnehin zu vermitteln. Ob die untersuchungsführende Person dies als Jugendanwältin oder Jugendanwalt vor dem Jugendgericht tut oder als Jugendrichterin oder Jugendrichter unter gleichzeitiger Führung des Jugendgerichts, macht keinen Unterschied.

- d) Der SAV lehnt somit das vorgeschlagene Modell des Jugendrichters ab und empfiehlt, dem Entwurf für ein neues Jugendstrafverfahren das System des Jugendanwalts - unter Zuweisung der Kompetenz für Zwangsmassnahmen an das Jugendgericht - zu Grunde zu legen. Dieses System hat sich in zahlreichen Kantonen bewährt und ist auf jeden Fall EMRK-konform.

9.2 EINZELBESTIMMUNGEN

Art. 2

Im Begleitbericht wird ausgeführt, dass es sich beim Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren nicht um ein "vollständiges Gesetz", sondern um ein "Tochtergesetz" der Schweizerischen Strafprozessordnung handelt und dass für im Jugendstrafverfahren nicht vorgesehenen Situationen die Antwort im "Muttergesetz" zu finden ist (Begleitbericht S. 64 f.). Art. 2 Abs. 1 hält deshalb fest, dass die Vorschriften des Bundesgesetzes über die Schweizerische Strafprozessordnung sinngemäss anwendbar sind, soweit das Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren nichts anderes bestimmt. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung sollen sodann bei der Anwendung der Schweizerischen Strafprozessordnung das Alter und die Reife der Jugendlichen "zu ihren Gunsten zu bewerten" sein.

Gegen die Regelung, wonach immer dann, wenn das Jugendstrafverfahren keine besondere Bestimmung enthält, die Schweizerische Strafprozessordnung zur Anwendung gelangen soll, ist an sich nichts einzuwenden. Zu unbestimmt ist jedoch die Formulierung, wonach bei der Anwendung der Schweizerischen Strafprozessordnung das Alter und die Reife der Jugendlichen "zu ihren Gunsten zu bewerten" seien. Es sollte klar festgehalten werden, dass im Jugendstrafverfahren nicht unter die in der Schweizerischen Strafprozessordnung statuierten Verfahrensgarantien gegangen werden darf. Das gilt insbesondere auch für die Verteidigungsrechte. Damit wird sichergestellt, dass ei-

ne angeblich zu Gunsten der Jugendlichen vorgenommene Auslegung der Schweizerischen Strafprozessordnung nicht in ihr Gegenteil verkehrt wird und zu einer Beschränkung der Rechte der Jugendlichen führt.

Art. 25 Abs. 2

Jugendstrafverfahren sollten immer unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchgeführt werden. Dem Interesse der Öffentlichkeit kann in besonderen Fällen mittels einer nachträglichen Orientierung durch das Jugendgericht genügend Rechnung getragen werden.

Art. 35

Es ist im Gesetz festzuhalten, dass in Fällen notwendiger Verteidigung die Verteidigung nur von zugelassenen Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälten wahrgenommen werden kann. Die Verteidigung durch Laien ist ausdrücklich auszuschliessen.

Art. 36 Abs. 1

In Fällen notwendiger Verteidigung ist immer dann eine amtliche Verteidigung zu bestellen, wenn die Beschuldigten keine erbetene Verteidigung beiziehen, also nicht nur dann, wenn sie mittellos sind. Die Frage der Mittellosigkeit ist nur hinsichtlich der Frage der allfälligen Auferlegung der Verteidigungskosten von Bedeutung, nicht aber bezüglich jener der Bestellung.

Art. 36 Abs. 2

Die Frage, ob eine Verteidigung zu bestellen ist, wenn die Schwierigkeit des Falles dies rechtfertigt oder die Jugendlichen eines Verbrechens oder eines schweren Vergehens beschuldigt werden, wird sachfremd mit jener der Mittellosigkeit verknüpft. Der Sache nach geht es bei dieser Bestimmung nicht um die amtliche Verteidigung, sondern um Voraussetzungen für die Notwendigkeit der Verteidigung. Dies ist unter Art. 35 zu regeln.

Art. 36 Abs. 3

Bezeichnet die Jugendrichterin oder der Jugendrichter eine amtliche Verteidigerin oder einen amtlichen Verteidiger, besteht das Risiko, dass mit dieser Aufgabe nur jene

Personen beauftragt werden, mit denen die Jugendrichterin oder der Jugendrichter gerne zusammenarbeitet. Als bestellende Behörde ist deshalb das Jugendgericht vorzusehen. Zudem ist an dieser Stelle (und nicht unter Art. 35 Abs. 2) zu regeln, dass Wünsche der Beschuldigten betreffend der mit der Verteidigung zu beauftragenden Person zu berücksichtigen sind.

Art. 41 Abs. 4

Der Ausschluss der Jugendlichen, ihrer gesetzlichen Vertretung oder ihrer Vertrauensperson von der Hauptverhandlung soll nicht jederzeit, sondern nur dann angeordnet werden können, wenn dies zum Schutz der Jugendlichen angezeigt ist.

Art. 42 Abs. 2

Gemäss Vorentwurf soll im Falle zweimaligen Fernbleibens des Jugendlichen von der Hauptverhandlung keine Massnahme angeordnet, sondern - falls ein Urteil gefällt wird - nur eine Strafe ausgesprochen werden können. Damit wird die Sanktion an sachfremde Kriterien geknüpft. Ob eine Massnahme oder eine Strafe angezeigt ist, ist aufgrund der gesamten Umstände zu entscheiden, unabhängig davon, ob der Jugendliche zur Hauptverhandlung erscheint oder nicht.

10. CONCLUSIONS

10.1 La FSA peut accepter le modèle de poursuite pénale choisi dans l'avant-projet. Ce modèle doit toutefois être mis en œuvre en respectant sa logique interne, dans les diverses phases de la procédure. Il implique la garantie inconditionnelle de l'assistance par un défenseur dès les premiers interrogatoires de police. Il a pour conséquence logique le respect sans restriction du principe d'immédiateté dès que des faits essentiels sont contestés.

10.2 Les droits de la défense doivent être substantiellement améliorés et leur limitation, restreinte à des cas précis correspondant à une véritable nécessité.

Si l'avant-projet peut représenter une amélioration pour certains cantons, il constitue dans d'autres cantons – notamment ceux qui connaissent le système de l'instruction contradictoire – un net recul dans la garantie des droits de la défense et la réalisation des exigences d'un Etat de droit.

10.3 Techniquement, le projet devrait être retravaillé dans le sens d'une précision accrue et d'une limitation du recours aux notions juridiques indéterminées.

Des sanctions des violations des règles de procédure doivent être aménagées et, là où elles l'ont été (utilisation des preuves recueillies de manière illégale), être repensées.

10.4 a) La FSA estime qu'il est possible de retravailler l'avant-projet pour l'améliorer dans le sens indiqué dans les présentes observations. Elle souhaite que la chose se fasse sans retard, pour accélérer le processus d'unification de la procédure pénale.

b) Si le modèle de poursuite pénale retenu se heurtait à de trop vives oppositions pour être politiquement envisageable, la FSA pourrait accepter le recours au système dit français. Son aménagement devrait garantir, outre les droits de la défense, une parfaite indépendance et impartialité du juge d'instruction. Bien évidemment, l'avant-projet devrait être alors entièrement repensé, ce qui ralentirait la marche vers l'unification.

Berne, le 8 avril 2002

Pour la Fédération Suisse des Avocats

Le Président :

Le Secrétaire général: