

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit pénal  
Unité Exécution des peines et mesures  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Faculté de droit  
Prof. Dr Bernhard Rütsche

Lucerne, le 17 mai 2015

## **Avis de droit:**

### **Exécution de jugements pénaux suisses dans des établissements d'exécution étrangers**

---

#### **Table des matières**

1.	Problématique et approche .....	2
2.	L'exécution des sanctions .....	4
2.1	L'exécution des sanctions en tant que tâche originelle de l'État .....	4
2.2	Attribution des compétences en Suisse .....	6
2.3	Principes du CP en matière d'exécution des peines .....	8
2.4	Protection des droits fondamentaux des détenus .....	11
2.5	Protection juridique et surveillance dans le cadre de l'exécution d'une peine .....	13
3.	Délégation de tâches de l'État .....	16
3.1	Exécution des peines à l'étranger en tant que délégation d'une tâche de l'État .....	16
3.2	Conditions régissant la délégation de tâches étatiques .....	17
4.	Exécution des peines à l'étranger de lege lata .....	20
4.1	Délimitation: exécution de la peine dans le pays d'origine .....	20
4.2	Exécution de la peine dans un État tiers .....	21
5.	Création de nouvelles bases légales .....	26
5.1	Loi et traité international .....	26
5.2	Intérêt public et proportionnalité .....	27
5.3	Garantie de la protection des droits fondamentaux .....	28

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

6. Conclusions .....	33
Liste des textes normatifs et des travaux préparatoires .....	34
Bibliographie.....	36

## 1. Problématique et approche

- 1 Le 18 mars 2015, l'Office fédéral de la justice a mandaté le soussigné de l'établissement d'un avis de droit concernant les questions suivantes:
1. Le droit actuellement en vigueur permet-il de faire exécuter des peines privatives de liberté prononcées en Suisse dans des établissements publics ou privés à l'étranger si les condamnés sont
    - a. des citoyens / citoyennes suisses
    - b. des ressortissants étrangers et que l'État où la peine est exécutée n'est pas l'État d'origine du condamné.
  2. Si la réponse à la question 1 est affirmative:
    - 2.1 L'approbation
      - a. des citoyens / citoyennes suisses,
      - b. des ressortissants étrangers
 est-elle nécessaire en vue de l'exécution des peines privatives de liberté dans un établissement de détention étranger?
    - 2.2 Quelles autres conditions devraient être réalisées pour que des peines privatives de libertés prononcées en Suisse puissent être exécutées dans des établissements de détention étrangers?
    - 2.3 Quel droit régirait l'exécution des sanctions des détenus placés par la Suisse dans les établissements de détention étrangers?
  3. Si la réponse à la question 1 est négative:
 

Le projet esquissé peut-il être réalisé grâce à la création de bases constitutionnelles et/ou de base légales sur le plan national?

    - a. Dans l'affirmative, quel devrait en être le contenu?
    - b. Si un traité international avec un État tiers devait être envisagé, à quel niveau (Confédération ou cantons) reviendrait la compétence de conclure un tel traité et la compétence de l'appliquer?

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

- 2 La question qui se trouve au cœur du présent avis de droit est donc celle de savoir si et, le cas échéant, à quelles conditions une peine privative de liberté prononcée en Suisse peut être exécutée dans des établissements de détention à l'étranger dans la mesure où le condamné est un citoyen suisse ou un ressortissant étranger dont l'État d'origine n'est pas celui où la peine sera purgée. C'est exclusivement l'exécution des *peines privatives de liberté* par les *adultes* qui est examinée dans le cadre du présent avis de droit. Ce dernier ne tient pas compte de l'exécution d'autres sanctions, notamment de sanctions pécuniaires et d'amendes, ni de l'exécution de mesures privatives de liberté (exécution des mesures). L'avis de droit n'examine pas non plus l'exécution des peines privatives de liberté par les mineurs.
- 3 L'avis de droit se penche ensuite prioritairement sur l'exécution de la sanction au sens strict du terme, soit la manière dont la privation de liberté est effectivement pratiquée. Entrent par ailleurs également en ligne de compte des questions liées à la surveillance de l'exécution et à la protection juridique contre des actes d'exécution. Les décisions des autorités d'exécution qui ont trait à l'ordonnance, à la suspension et à la fin des peines privatives de liberté ne sont en revanche pas déterminantes pour la réponse que le présent avis de droit doit apporter à la question soulevée<sup>1</sup>.
- 4 La réponse à la question posée présuppose tout d'abord un exposé concernant les bases légales qui régissent l'exécution des sanctions (chap. 2). Ensuite, la discussion porte sur les exigences qui régissent le transfert de tâches de l'État à des tiers de manière générale (chap. 3). La synthèse de ces analyses permettra d'apprécier si l'exécution de peines privatives de liberté à l'étranger est admissible au regard du droit actuellement en vigueur (chap. 4). Dans la mesure où l'admissibilité doit être niée *de lege lata*, se pose ensuite la question de savoir dans quelle mesure l'exécution des sanctions à l'étranger pourrait *de lege ferenda* être introduite grâce à de nouvelles bases légales (chap. 5). In fine, les conclusions de l'avis de droit sont résumées (chap. 6).

---

<sup>1</sup> Pour ce qui est de la distinction entre l'exécution et la mise en œuvre de sanctions pénales, cf. Baechtold, p. 47; BSK StGB II-Imperatori, ad art. 372 CP, no 20 ss.; BSK StGB-Brägger, art. 439 no 1 ss.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

## 2. L'exécution des sanctions

### 2.1 L'exécution des sanctions en tant que tâche originelle de l'État

- 5 Aux termes de la définition classique, l'État est caractérisé par le fait qu'il dispose d'un territoire, d'un peuple vivant sur ce territoire et d'un gouvernement<sup>2</sup>. L'exercice exclusif de la puissance publique sur le territoire de l'État est une caractéristique essentielle de l'État souverain: le monopole de la puissance publique a pour objectif de garantir la paix intérieure<sup>3</sup> et de protéger<sup>4</sup> les droits fondamentaux de l'homme<sup>5</sup>. Dans la Constitution fédérale suisse, le but primaire de l'État trouve son expression à l'art. 2 al. 1: "La Confédération suisse protège la liberté et les droits du peuple et elle assure l'indépendance et la sécurité du pays." Cette manifestation du but est ensuite concrétisée dans différentes normes de droit, notamment à l'art. 35 al. 2 Cst. (réalisation des droits fondamentaux) et à l'art. 57 Cst. (sécurité du pays et protection de la population). L'État ne peut pas se soustraire à sa tâche consistant à garantir la sécurité des droits fondamentaux sans compromettre son existence même. La garantie de la sécurité et la protection des droits fondamentaux sont intrinsèquement liées à l'existence de l'État; il s'agit donc de tâches originelles de l'État.
- 6 Les tâches originelles de l'État ne constituent pas seulement à la base de la légitimité de la puissance publique, mais elles en définissent également les limites. L'exercice de la puissance publique n'est justifiée que dans la mesure de ce qui est nécessaire pour garantir la paix et pour protéger les droits des citoyens et citoyennes<sup>6</sup>. En exer-

---

<sup>2</sup> Kaufmann, dans: Biaggini/Gächter/Kiener, § 2 N 3 ss.; Haller/Kölz/Gächter, § 2 N 27; Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 3 ss., à chaque fois avec un renvoi à la théorie dite "des trois éléments" de Georg Jellinek.

<sup>3</sup> Cf. ATF 103 Ia 310, p. 312: «l'une des missions essentielles de l'Etat est d'assurer l'harmonie de la vie collective. Le développement harmonieux de celle-ci n'est possible que si règne l'ordre public, que l'Etat doit assurer»; issu de la philosophie politique, principalement Hobbes, aux termes de laquelle les hommes se soumettent volontairement à la toute-puissance de l'État afin d'échapper à l'état naturel de la "guerre de tous contre tous". En contrepartie de cette renonciation aux libertés, l'État doté d'un pouvoir absolu garantit la paix et la sécurité (Leviathan, 2ème partie, chap. 17 ss.).

<sup>4</sup> Pour cette question, cf. également Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 13 ss.

<sup>5</sup> Issu de la philosophie politique, principalement Locke, aux termes de laquelle le grand but principal pour lequel les hommes se regroupent sous forme étatique et se soumettent à un gouvernement est le maintien de leurs droits naturels (vie, santé, liberté et propriété) (Du gouvernement, N 123 ss.).

<sup>6</sup> Aux termes de la théorie du contrat social de Locke, l'État rompt la convention qui le lie au peuple s'il exerce arbitrairement son pouvoir contre ce dernier; la puissance publique re-

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

çant le monopole de la puissance publique de manière illimitée et arbitraire, l'État mettrait en péril la paix intérieure et les droits fondamentaux et minerait donc le but même pour lequel il existe. C'est l'État lui-même qui doit mettre en place les barrières et limites institutionnelles qui permettent d'éviter que l'exercice de la puissance publique soit excessif. Font partie de ces barrières et limites institutionnelles la séparation des pouvoirs au sein de l'État, mais également la reconnaissance et la mise en œuvre efficace des *principes de l'État de droit* et des *droits fondamentaux garantis par la constitution*<sup>7</sup>. Les principes de l'activité de l'État régi par le droit sont ancrés dans l'art. 5 de la Constitution fédérale. Aux termes de cette norme, l'activité de l'Etat doit s'inscrire dans les limites définies par le droit, répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé et s'exercer de manière conforme aux règles de la bonne foi. Les droits fondamentaux sont garantis par les art. 7 à 36 Cst. L'art. 35 al. 2 Cst. astreint quiconque assume une tâche de l'Etat au respect des droits fondamentaux. Toute limitation d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public ou par la protection du droit fondamental d'autrui, être proportionnée au but visé et ne pas porter atteinte à l'essence des droits fondamentaux, qui est inviolable (art. 36 Cst.).

- 7 Le *droit pénal* est un instrument indispensable au maintien de la paix intérieure et à la protection des droits fondamentaux. D'une part, il prévient l'exercice de la justice propre par des personnes qui veulent assouvir leur besoin individuels de revanche, garantissant ainsi la cohabitation paisible entre les hommes<sup>8</sup>. D'autre part, il protège les biens juridiques individuels et collectifs élémentaires en menaçant les délinquants de sanctions et en exécutant ces sanctions, exerçant ainsi une influence sur les délinquants et la collectivité pour prévenir la commission d'infractions<sup>9</sup>. Le droit pénal peut seulement atteindre ses objectifs s'il est mis en œuvre efficacement. À cette fin, l'État doit constituer et financer des autorités chargés de poursuivre les suspects, de rendre des jugements pénaux et d'exécuter les peines prononcées<sup>10</sup>. Dans le cadre de l'exécution de la puissance publique, les autorités de poursuite pénale et d'exécution des sanctions remplissent une tâche originelle essentielle de l'État<sup>11</sup>. Si l'État

---

tourne dans ce cas au peuple, qui doit instituer un nouveau gouvernement (Du gouvernement, N 222.).

<sup>7</sup> Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 16

<sup>8</sup> Stratenwerth, PG I, § 2 N 10.

<sup>9</sup> Stratenwerth, PG I, § 2 N 15 ss.

<sup>10</sup> Cf. Gächter, dans: Biaggini/Gächter/Kiener, § 30 N 46 et 52.

<sup>11</sup> Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 21

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

n'exerce et n'impose pas le droit de punir qui lui revient, il renonce en analyse finale à son monopole de la puissance publique et à la légitimation qui en découle.

- 8 Aux termes de ce qui précède, l'exécution des peines fait partie des tâches originelles de l'État. Comme toute activité de l'État, l'exécution des peines doit respecter les principes de l'État de droit et les droits fondamentaux. L'art. 35 al. 2 Cst. impose cette limite à *toute institution ou personne* qui participe à des tâches d'exécution des sanctions<sup>12</sup>.

## 2.2 Attribution des compétences en Suisse

- 9 En Suisse, le *droit pénal* est une tâche commune de *la Confédération et des cantons*. La législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération (art. 123 al. 1 Cst.), tandis que l'organisation judiciaire et l'administration de la justice ainsi que l'exécution des peines et des mesures en matière de droit pénal sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi (art. 123 al. 2 Cst.). L'art. 123 al. 3 Cst., adopté en votation populaire le 28 novembre 2004, attribue à la Confédération le pouvoir de légiférer sur l'exécution des peines et des mesures (1ère phrase)<sup>13</sup>. Cette disposition permet par ailleurs à la Confédération d'octroyer aux cantons des contributions, notamment pour la création d'établissements et pour l'amélioration de l'exécution des peines et des mesures (2ème phrase).
- 10 À ce jour, la Confédération n'a pas fait usage de la compétence législative qui lui revient selon l'art. 123 al. 3 Cst. pour uniformiser définitivement le droit qui régit l'exécution des peines et des mesures. Dans le cadre de la révision totale de la partie générale du droit pénal, entrée en vigueur le 1er janvier 2007, le législateur fédéral a néanmoins prévu, aux art. 74-92 CP, une série de conditions de forme et de fond ayant pour vocation d'assurer une exécution des peines et des mesures conforme au droit constitutionnel et aux conventions internationales. Ces exigences ont dans une large mesure valeur de principe<sup>14</sup> et elles doivent être concrétisées et complétées par le droit cantonal d'application<sup>15</sup>. D'un point de vue organisationnel, la Confédération oblige les cantons à créer et à exploiter les établissements nécessaires à l'exécution des peines et des mesures (art. 377 al. 1 et 3 CP) ainsi qu'à organiser l'assistance de

---

<sup>12</sup> Pour ce qui est des personnes et institutions astreints au respect des droits fondamentaux en général, Schweizer, Commentaire st-gallois, ad art. 35 Cst., N. 39.

<sup>13</sup> Biaggini, art. 123 Cst. N 6; BSK StGB II-Imperatori, avant art. 372 CP N 7.

<sup>14</sup> Cf. Baechtold, p. 24; Vest, Commentaire st-gallois ad Art. 123 Cst., N 13.

<sup>15</sup> Message 1998, p. 131

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

probation (art. 376 al. 1 CP), mais les cantons restent autonomes pour ce qui est de l'organisation concrète de ces institutions.

- 11 La Confédération oblige les cantons à exécuter les jugements rendus par leurs tribunaux pénaux et par les autorités pénales de la Confédération (art. 372 al. 1 CP). Les cantons doivent garantir l'*exécution uniforme* des sanctions pénales (art. 372 al. 3 CP). À cette fin, les cantons sont invités à fournir tous efforts en vue de l'harmonisation de leurs législations régissant l'exécution des peines<sup>16</sup>. Jusqu'à un certain point, l'harmonisation de l'exécution des sanctions peut également être réalisée grâce à la collaboration entre cantons lors de la création et de l'exploitation d'établissements (art. 378 CP)<sup>17</sup>. Par ailleurs, les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution cantonale des peines et des mesures doivent assurer une application uniforme des prescriptions et principes du droit que régit l'exécution des sanctions (art. 1 lit. a LPPM).
- 12 La collaboration entre cantons telle que prévue à l'art. 378 CP se concrétise dans le cadre de trois *concordats régionaux sur l'exécution des peines et des mesures*<sup>18</sup>. Les organes concordataires coordonnent la planification et l'exploitation des établissements d'exécution des peines et des institutions d'exécution des mesures. Ils édictent par ailleurs des règlements et formulent des recommandations concernant l'exécution de toute les sanctions de nature pénale<sup>19</sup>. Les trois concordats sur l'exécution des peines et des mesures sont à leur tour coordonnés par un organe commun, appelé le Comité des Neuf (commission de la CCDJP en charge de l'exécution des peines et de la planification des établissements). Ils présentent toutefois des différences notables en ce qui concerne leur champ d'application, leur organisation et leurs compétences<sup>20</sup>.
- 13 Malgré les directives fédérales des art. 74-92 CP et de l'obligation de garantir une exécution uniforme des sanctions, les législations cantonales régissant l'exécution

---

<sup>16</sup> BSK StGB II-Imperator, art. 372 CP N 41.

<sup>17</sup> Cf. dans ce contexte également l'art. 48a al. 1 lit. a Cst., aux termes duquel la Confédération a la possibilité d'obliger les cantons à coopérer dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures.

<sup>18</sup> Konkordat der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen du 5 mai 2006; Konkordat der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen du 29 oktober 2004; Concordat sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins du 10 avril 2006.

<sup>19</sup> Cf. BSK StGB II-Imperator, art. 378 N 4 ss.

<sup>20</sup> Baechtold, p. 62 ss.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

des peines sont actuellement aménagées de manière très *différente*<sup>21</sup>. Les différences se manifestent spécialement dans l'organisation des organes d'exécution<sup>22</sup>, mais également dans la surveillance de l'exécution des peines et des mesures ainsi que, du fait de la compétence cantonale en matière procédurale publique<sup>23</sup>, dans l'aménagement de la protection juridique.

### 2.3 Principes du CP en matière d'exécution des peines

- 14 En sus d'une certaine uniformisation du droit régissant l'exécution des peines et des mesures, la Confédération voulait avec l'adoption des art. 74-92 CP améliorer le statut juridique des détenus pénaux<sup>24</sup>. Ce sont tous d'abord les principes généraux de l'art. 74 CP qui poursuivent cet objectif. Cette disposition prescrit que les détenus ont droit au respect de leur dignité. Dans le cadre de la détention pénale, caractérisée par un fort rapport de dépendance du détenu par rapport à la puissance publique, le principe de la dignité de la personne (art. 7 Cst.) a une signification particulière. La dignité de la personne exige que le détenu soit respecté en tant que personne autonome et proscrit qu'un traitement chicanier et arbitraire qui le relègue au rang de simple objet de l'action étatique<sup>25</sup>. L'art. 74 CP prévoit en outre que les droits des détenus ne peuvent être restreints que dans la mesure requise par la privation de liberté et par les exigences de la vie collective dans l'établissement. Cette disposition dresse un catalogue exhaustif de l'*intérêt public* qui permet de restreindre les droits des détenus. Aux termes du principe de la proportionnalité, ces restrictions sont admissibles dans la mesure seulement où elles sont nécessaires et utiles pour garantir la mission pénale de l'État au moyen d'une limitation de la liberté de mouvement et de garantir une vie collective ordonnée dans les établissements<sup>26</sup>.
- 15 L'art. 75 al. 1, 1ère phrase, définit comme but de la peine privative de liberté le fait d'améliorer le comportement social du détenu, en particulier son aptitude à vivre sans commettre d'infractions. Outre la réalisation de la mission pénale de l'État, la réinsertion sociale est donc la tâche centrale de l'exécution des sanctions. L'objectif de la réinsertion sociale est concrétisé et complété par les principes d'exécution particuliers

---

<sup>21</sup> Baechtold, p. 57 ss.

<sup>22</sup> Baechtold, p. 66 ss.

<sup>23</sup> Kiener/Rütsche/Kuhn, N 154.

<sup>24</sup> Message 1998, p. 131

<sup>25</sup> Cf. BSK StGB I-Brägger, art. 74 N 9 f.; Müller/Schefer, p. 116 ss.

<sup>26</sup> Cf. BSK StGB I-Brägger, art. 74 N 9 ss.; Stratenwerth, PG II, § 4 N 11

de l'art. 75 al. 1, 2ème phrase CP<sup>27</sup>. Selon ces principes, l'exécution de la peine privative de liberté doit correspondre autant que possible à des conditions de vie ordinaires, notamment en calquant les conditions matérielles de la détention sur la réalité de la société, en permettant et en promouvant les contacts sociaux des détenus avec le monde extérieur et en s'écartant le moins possibles des exigences et conditions qui prévalent en dehors du cadre de l'exécution de la peine privative de liberté (*principe de normalisation*)<sup>28</sup>. Considérant que la normalisation se heurte rapidement à des limites en milieu carcéral, un devoir de sollicitude particulier incombe aux organes d'exécution dans tous les domaines où le détenu est limité dans ses possibilités, comme les soins de santé et de manière générale tous les besoins religieux, économiques et juridiques (*principe d'assistance*)<sup>29</sup>. Par ailleurs, les organes d'exécution ont l'obligation de prévenir les conséquences dommageables de la privation de liberté en isolant le moins possible le détenu du monde extérieur et en le protégeant simultanément des abus et exactions de ses codétenus (*principe de prévention*)<sup>30</sup>. Finalement, il s'agit de tenir adéquatement compte du besoin de protection de la collectivité, du personnel d'exécution et des codétenus, notamment en évitant que des infractions ne soient commises en cours d'exécution de la peine (*principe de sécurité*)<sup>31</sup>.

- 16 L'exécution des peines est régie par d'autres principes, figurant aux art. 76 ss. CP. Ainsi, l'art. 76 al. 2 CP prévoit que les peines privatives de liberté sont exécutées dans des établissements ou sections fermées s'il y a lieu de craindre que le détenu ne s'enfuit ou ne commette de nouvelles infractions seulement. Cela signifie *a contrario* qu'en règle générale, l'exécution des peines doit s'effectuer dans des établissements ouverts, c'est-à-dire dans des établissements qui disposent de mesures de sécurité relativement lâches, que ce soit au niveau de l'organisation, du personnel d'encadrement ou de la construction<sup>32</sup>. Brägger suggère dans ce contexte que le transfert de l'exécution en milieu ouvert vers une section fermée ou le transfert, dans

---

<sup>27</sup> Cf. Baechtold, p. 104; BSK StGB I-Brägger, art. 75 N 5.

<sup>28</sup> Baechtold, p. 105; BSK StGB I-Brägger, art. 75 N 6 f.

<sup>29</sup> Baechtold, p. 106; BSK StGB I-Brägger, art. 75 N 10.

<sup>30</sup> Baechtold, p. 105; BSK StGB I-Brägger, art. 75 N 8 f.

<sup>31</sup> Baechtold, p. 106; BSK StGB I-Brägger, art. 75 N 11 f. Cf. également message 1998, p. 132. Cf. par contre ATF 139 I 180 consid. 1.6 p. 183, où la réinsertion sociale n'apparaît pas comme objectif supérieur, mais en parallèle avec le principe d'assistance et le principe de prévention; selon le Tribunal fédéral, la réinsertion sociale est primordiale pour les détenus plus jeunes, alors que l'âge plus avancé du détenu a pour conséquence de déplacer les pôles de l'encadrement en accordant plus d'importance aux principes d'assistance et de prévention.

<sup>32</sup> Message 1998, p. 134

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

le cadre de l'exécution en milieu fermé, vers une section à sécurité accrue, doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridique, car les conditions se trouvent péjorées pour ce qui est de la liberté de mouvement et la liberté personnelle s'en trouve plus restreinte<sup>33</sup>. L'art. 78 CP prévoit que la *détention cellulaire sous forme d'isolement* n'est qu'exceptionnellement possible, et ce pour une période d'une semaine au plus au début de la peine et pour en préparer l'exécution (lit. a), pour protéger le détenu ou des tiers (lit. b) ainsi qu'à titre de sanction disciplinaire (lit. c)<sup>34</sup>.

- 17 Les détenus sont par ailleurs astreints au *travail*, celui-ci devant correspondre, autant que possible, à leurs aptitudes, à leur formation et à leurs intérêts (art. 81 al. 1 CP) et ils reçoivent pour leur travail une rémunération en rapport avec leurs prestations et adaptée aux circonstances. (art. 83 al. 1 CP). Les détenus doivent, autant que possible, pouvoir acquérir *une formation et un perfectionnement* correspondant à leurs capacités (art. 82 CP).
- 18 L'art. 84 CP règle les *relations des détenus avec le monde extérieur*. Aux termes de cette disposition, les détenus ont le droit de recevoir des visites et d'entretenir des relations personnelles, épistolaires et téléphoniques avec le monde extérieur (al. 1, 1ère phrase). Les relations avec les amis et les proches doivent être favorisées (al. 2, 2ème phrase), celles avec les ecclésiastiques, les médecins, les avocats et les autres personnes qui, du fait des tâches qu'elles remplissent, se trouvent dans un rapport de confiance particulier avec les détenus doivent dans la mesure du possible pouvoir communiquer librement et sans surveillance avec eux (al. 3). Le contact avec le défenseur est privilégié: ses visites peuvent être surveillées, mais l'écoute des conversations est interdite et l'examen du contenu de la correspondance et des écrits de l'avocat n'est pas permis (al. 4). Les relations du détenu avec les autorités de surveillance ne peuvent être soumises à aucun contrôle (al. 5). Des congés d'une longueur appropriée doivent finalement être accordés aux détenus pour leur permettre d'entretenir des relations avec le monde extérieur, de préparer leur libération ou pour des motifs particuliers, notamment pour régler des affaires personnelles, fondamentales ou juridiques qui ne souffrent aucun délai et qui exigent leur présence, pour autant que leur comportement pendant l'exécution de la peine ne s'y oppose pas et

---

<sup>33</sup> BSK StGB I-Brägger, art. 76 CP N 8.

<sup>34</sup> Suivant le message 1998, p. 136, la réticence à l'égard de la détention cellulaire est due au fait que la réduction des contacts avec le monde environnant qu'implique un tel isolement durant les heures de travail, de repos et de loisirs peut entraîner chez la détenu des troubles de la personnalité.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

qu'il n'y ait pas lieu de craindre qu'ils ne s'enfuient ou ne commettent d'autres infractions (al. 6)<sup>35</sup>.

- 19 L'art. 85 CP contient des règles concernant les *contrôles et inspections du détenu*. Selon l'al. 1, les effets personnels et le logement du détenu peuvent être inspectés pour des raisons d'ordre et de sécurité de l'établissement. L'al. 2 permet de soumettre le détenu soupçonné de dissimuler des objets interdits sur lui ou à l'intérieur de son corps à une fouille corporelle. Celle-ci doit être exécutée par une personne du même sexe et si elle implique un déshabillage, elle se fait en l'absence d'autres détenus. L'examen de l'intérieur du corps doit être effectué par un médecin ou un autre membre du personnel médical.

#### 2.4 Protection des droits fondamentaux des détenus

- 20 L'exécution d'une peine privative de liberté implique une limitation particulièrement sévère des libertés et des besoins des personnes incarcérées. Par conséquent, une importance particulière revient à la *protection efficace de leurs droits fondamentaux*. À côté de la dignité de la personne, ce sont le droit à l'intégrité physique et psychique, la liberté de mouvement (dans la mesure où le détenu n'en est pas privé par la sanction en tant que telle), les aspects élémentaires du développement de la personnalité, la protection de la sphère privée, y compris le droit à une vie privée et familiale, ainsi que la liberté de croyance et de conscience et la liberté d'opinion et d'information qui occupent le premier plan.
- 21 Les droits fondamentaux déterminants pour les détenus pénaux sont garanties au *niveau constitutionnel* (art. 7 ss. Cst.) et également par différents *traités internationaux des droits de l'homme*, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et les paquets ONU sur les droits de l'homme (spécialement le Pacte ONU II) ainsi que les conventions de l'ONU et du Conseil de l'Europe contre la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT et CPT). Le Tribunal fédéral a concrétisé et développé la protection des droits fondamentaux des détenus dans une abondante jurisprudence. Ce faisant, il s'est largement inspiré de la pratique des organismes de droit international public, notamment de la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), du Comité des droits de l'homme de l'ONU, du Comité de l'ONU contre la torture et du Comité anti-torture du Conseil de l'Europe. Ce sont no-

---

<sup>35</sup> Cf. pour l'ensemble de ces points le message 1998, p. 132 ss.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

tamment les recommandations du Conseil de l'Europe sur les règles pénitentiaires européennes, adoptées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1987<sup>36</sup>, révisées et actualisées en 2006<sup>37</sup>, qui ont servi de modèle à l'aménagement de la protection des droits fondamentaux des détenus par le Tribunal fédéral et la CourEDH. Ces recommandations ne donnent certes pas au particulier des droits contraignants découlant du droit international public et qui pourraient être invoqués en justice, mais en tant qu'expression d'une conception juridique commune des États membres du Conseil de l'Europe, elles acquièrent indirectement force obligatoire au niveau constitutionnel et international par le biais de la concrétisation judiciaire des droits fondamentaux<sup>38</sup>.

- 22 Ce sont notamment les droits suivants du détenu qui résultent de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de la CourEDH et d'autres organismes internationaux<sup>39</sup>: droit à une cellule de dimensions suffisantes et protection contre l'isolement et l'obscurcissement, droit à des soins médicaux suffisants en cas de maladies somatiques ou psychiques (mais non le libre choix du médecin); possibilité de se mouvoir à l'extérieur régulièrement et de manière suffisante; alimentation appropriée tenant compte de besoins particuliers fondés sur la santé, les convictions ou la religion; contact suffisant avec le monde extérieur, notamment droit à un échange de correspondances et d'entretiens téléphoniques, à la réception de colis, à l'accès aux livres, journaux et programmes radio et télévision au choix du détenu, à la visite régulière de proches et de connaissances ainsi qu'au droit à des congés pour des motifs humanitaires; droit de conserver des objets personnels à haute valeur affective pendant l'exécution de la sanction; droit de participer à des actes de culte et de consulter un aumônier de confiance; droit à l'exercice des droits politiques.
- 23 Dans une large mesure, les droits fondamentaux des détenus ont été codifiés et concrétisés dans les art. 74 ss. CP. Les *principes d'exécution du CP* ne reflètent toutefois pas l'ensemble de la protection des droits fondamentaux des détenus, continuellement développée par les tribunaux. À certains égards, les principes d'exécution

---

<sup>36</sup> Recommandations (87) du 12 février 1987. Cf. déjà la Résolution (73) 5 du 19 janvier 1973 concernant l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus ainsi que la Recommandation (82) 17 du 24 septembre 1982 relative à la détention et au traitement des détenus dangereux.

<sup>37</sup> Recommandation (2006) 2 du 11 janvier 2006.

<sup>38</sup> ATF 118 Ia 64 consid. 2a p. 70; 122 I 222 consid. 2a/aa p. 226; 123 I 221 consid. II.2.b p. 236; 139 I 180 consid. 2.5 p. 186.

<sup>39</sup> Cf. la représentation détaillée de la protection du détenu dans: Müller/ Schefer, p. 114 ss.; Baechtold, p. 183 ss., chaque fois avec renvois à la jurisprudence.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

sont même plus étendus que le standard des droits fondamentaux. Le rapport entre l'objectif primaire de l'exécution des peines - la *réinsertion sociale du délinquant* (art. 75 CP) - et la protection des droits fondamentaux ne va pas nécessairement de soi. La réinsertion sociale est d'intérêt public dans la mesure où elle a pour objectif de prévenir que le délinquant ne commette de nouveaux délits après sa libération<sup>40</sup>. En même temps, la réinsertion sociale est un intérêt élémentaire du détenu. L'aptitude au comportement social en tant qu'aspect essentiel de la personnalité doit être classée au rang des libertés personnelles protégées (art. 10 al. 2 Cst.). La réinsertion sociale en tant que but de l'exécution a donc qualité de droit fondamental et le fait de compromettre ce but de l'exécution est ainsi constitutif d'atteinte aux droits fondamentaux. Ce "caractère dual" de la réinsertion sociale, à la fois intérêt public et droit fondamental, s'exprime également dans les règles pénitentiaires européennes: d'une part, la réinsertion sociale est mentionnée comme but de l'exécution de la peine, et notamment "le régime des détenus condamnés doit être conçu pour leur permettre de mener une vie responsable et exempte de crime" (ch. 102.1). D'autre part, la réinsertion sociale apparaît comme principe fondamental aux termes duquel toute privation de liberté doit être "gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté" (ch. 6). Le Tribunal constitutionnel allemand, se référant à la dignité de la personne, a explicitement reconnu un droit fondamental à la réinsertion sociale en insistant simultanément sur la signification de la réinsertion dans le cadre de la protection de la collectivité<sup>41</sup>.

## 2.5 Protection juridique et surveillance dans le cadre de l'exécution d'une peine

- 24 Afin que la protection des droits fondamentaux soit efficace, il est capital que la personne concernée puisse invoquer ses droits devant des tribunaux indépendants. La *garantie de l'accès au juge* consacrée à l'art. 29a Cst. donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Il y a "cause" au sens de l'art. 29a Cst. si un litige concerne un "un droit individuel digne de protection"; la garantie de l'accès au juge ne donne toutefois pas de "droit à ce que tout un chacun puisse faire examiner la légalité de n'importe quelle action étatique au mépris des prescriptions procédurales"<sup>42</sup>. La garantie de l'accès au juge est également consacrée par la protection internationale des droits de l'homme, le droit à l'octroi d'un re-

---

<sup>40</sup> Cf. ATF 133 I 270 consid. 3.2.2 p. 279 (réinsertion sociale en tant qu'intérêt public).

<sup>41</sup> BVerfGE 35, 202 (235 f.) – Lebach; 98, 169 (200) – obligation de travailler.

<sup>42</sup> ATF 139 II 185 consid. 12.4 p. 218 (pour les deux citations).

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

cours effectif au sens de l'art. 13 CEDH étant particulièrement déterminant dans ce contexte. Ce droit exige que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la CEDH ont été violés ait droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale; l'instance de recours n'est pas nécessairement une instance judiciaire, une autorité administrative suffisamment indépendante peut être suffisante<sup>43</sup>.

- 25 La garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst. et l'art. 13 CEDH exigent une protection juridique efficace<sup>44</sup>. Les instances de recours ont l'obligation d'examiner toutes les questions de droit et de fait invoqués par le justiciable avec un plein pouvoir de cognition<sup>45</sup> et, le cas échéant, d'annuler l'acte contesté ou de réparer ses effets<sup>46</sup>. La protection juridique doit être garantie quelle que soit la forme de l'action étatique. Une protection juridique efficace est notamment aussi nécessaire pour ce qui est des actions de fait des autorités, qui ont un impact sur des droits individuels dignes de protection<sup>47</sup>. La procédure de recours quant à elle doit satisfaire à toutes les garanties procédurales constitutionnelles selon l'art. 29 Cst., notamment le droit d'être entendu et la motivation des décisions. Si l'instance de recours est une instance judiciaire, les exigences de l'art. 30 Cst. concernant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial ainsi que le droit à la publicité de l'audience et du prononcé du jugement doivent être observées. L'accès à une assistance judiciaire, le cas échéant gratuite au sens de l'art. 29 al. 3 Cst., ainsi que la confidentialité des entretiens et des correspondances échangés avec celle-ci sont également indispensables pour une protection juridique efficace<sup>48</sup>. Pour le surplus, les détenus ne peuvent efficacement exercer leurs droits dans la mesure seulement où ils en sont informés dans une langue qu'ils comprennent<sup>49</sup>.
- 26 Les droits fondamentaux sont des droits individuels dignes de protection. Si l'État intervient dans les *droits fondamentaux des détenus*, il y a *cause* au sens de l'art. 29a Cst. et une voie de recours efficace doit être disponible. La protection juridique doit également être accordée si l'intervention ne prend pas la forme d'une injonction de l'autorité (décision), mais celle d'un acte matériel (action de fait). Cette dernière situation se présente souvent dans le cadre de l'exécution d'une peine, par exemple lors

---

<sup>43</sup> ATF 130 I 369 consid. 6.1 p. 377.

<sup>44</sup> Kley, dans: commentaire st-gallois ad art. 29a Cst, N 8.

<sup>45</sup> Biagini, art. 29a Cst N 8.

<sup>46</sup> ATF 130 I 369 consid. 6.1 p. 377.

<sup>47</sup> Kiener/Rütsche/Kuhn, N 416; ATF 130 I 369 consid. 6.1 p. 378 ss.

<sup>48</sup> Cf. ch. 23.1 ss. des Règles pénitentiaires européennes

<sup>49</sup> Cf. ch. 30.1 ss. des Règles pénitentiaires européennes

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

de la fouille d'une personne ou d'un local, la saisie d'objets, la surveillance des contacts du détenu avec le monde extérieur, le transport de détenus ou le recours à la force physique aux fins du maintien de l'ordre dans l'établissement<sup>50</sup>. Ont un caractère de décision le prononcé de sanctions disciplinaires, la limitation temporaire des loisirs ou des contacts avec le monde extérieur ainsi que de la détention cellulaire en isolement (cf. art. 91 al. 2 CP).

- 27 Les *moyens de droit* à disposition des détenus sont réglés par le droit cantonal. Ils se distinguent principalement pour ce qui est des instances de recours compétentes, des délais de recours ainsi que de l'aménagement de la protection juridique contre les actions de faits des autorités d'exécution. Si le droit cantonal régissant l'exécution des peines ne comporte pas de prescriptions particulières à ce titre, c'est la législation cantonale en matière administrative qui s'applique. La décision de la dernière instance cantonale est susceptible d'un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral (art. 78 al. 2 lit. b en relation avec art. 80 LTF). Pour les actes normatifs cantonaux, comme par exemple les règlements cantonaux des établissements, c'est en revanche le recours de droit public qui doit être retenu au niveau fédéral (art. 82 lit. b LTF). Les décisions du Tribunal fédéral sont susceptibles d'être attaqués par la voie d'une requête individuelle adressée à la CourEDH ou au Comité de l'ONU contre la torture, conformément à l'art. 35 CEDH ou l'art. 22 CAT.
- 28 Il se peut que faute de moyens et de connaissances, des détenus ne soient pas en mesure d'emprunter la voie de droit pour se défendre contre des actes illégitimes des organes d'exécution. Indépendamment de cela, le respect des exigences fondamentales formulées à l'égard de l'exécution des peines dépend également de mesures organisationnelles et personnelles qui ne se manifestent pas nécessairement sous forme d'actes individuels contestables. Les protections juridiques individuelles ne sont donc pas suffisantes pour garantir efficacement les droits fondamentaux des détenus. La réalisation de ces droits fondamentaux dépend également d'un *contrôle* d'office suffisant *des établissements d'exécution*<sup>51</sup>. Ainsi, les normes pénitentiaires européennes font du contrôle régulier des établissements d'exécution par des organes indépendants un principe fondamental. Le droit fédéral prescrit explicitement qu'en cas de délégation de l'exécution des peines privatives de liberté à des établissements

---

<sup>50</sup> Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2452 ss.; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 55 N 7 f.; Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 23.

<sup>51</sup> Au sujet du contrôle étatique en tant que moyen pour imposer la protection des droits fondamentaux, cf. Schweizer, Commentaire st-gallois ad art. 35 Cst. N. 28.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

gérés par des exploitants privés, la surveillance par les cantons doit être assurée (art. 379 al. 2 et art. 387 al. 4 lit. b CP).

### 3. Délégation de tâches de l'État

#### 3.1 Exécution des peines à l'étranger en tant que délégation d'une tâche de l'État

- 29 L'État peut soit lui-même s'acquitter des tâches que la constitution et la loi lui confèrent (tâches étatiques ou publiques, tâches administratives<sup>52</sup>), par l'intermédiaire d'unités administratives centralisées ou décentralisées, soit déléguer ces tâches à des tiers extérieurs à sa propre administration. Il peut alors s'agir d'organisations ou de personnes, de droit public ou de droit privé. La délégation de tâches étatiques à des tiers qui ne font pas partie de l'administration est aussi désignée par le terme "externalisation"<sup>53</sup>. Le transfert ou l'externalisation de tâches étatiques à des tiers extérieurs à l'administration ne concerne que *l'exécution* de la tâche (responsabilité dans l'exécution des tâches). L'État reste responsable de la tâche en tant que telle. Il doit donc s'assurer par tous les moyens appropriés que le tiers mandaté exécute la tâche de manière correcte et régulière (responsabilité de garantie<sup>54</sup>). La tâche externalisée demeure ainsi une tâche étatique. Cela par opposition à l'abandon de tâches, où l'État cède intégralement la responsabilité d'une tâche déterminée et se borne à des fonctions régulatrices et de contrôle<sup>55</sup>.
- 30 Le présent avis de droit examine la question de savoir si des peines privatives de liberté prononcées en Suisse peuvent être exécutées dans des établissements étrangers. L'exécution des peines à l'étranger présuppose une *délégation de tâches à des établissements d'exécution étrangers*. Les établissements chargés de l'exécution des peines privatives de liberté ne font pas partie de l'administration fédérale ou cantonale, mais sont sis sur le territoire d'un État étranger et contrôlés par ce dernier. On se trouve donc en présence d'une externalisation des tâches à des tiers extérieurs à l'administration, indépendamment du fait que l'établissement d'exécution étranger soit une institution étatique ou une entreprise privée. C'est l'exécution des peines qui est l'objet de l'externalisation, tandis que l'État, soit la Confédération ou les cantons,

---

<sup>52</sup> Pour ces notions, cf. Tschannen/Zimmerli/Müller, § 1 N 14, 18; Rütsche, p. 154 ss.

<sup>53</sup> Cf. Jaag, p. 26; Mader, p. 44; Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 56 ss.

<sup>54</sup> Cf. Tschannen/Zimmerli/Müller, § 11 N 7 (responsabilité de garantie et de contrôle)

<sup>55</sup> Mader, p. 41 ss.; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 11 N 6.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

reste le garant responsable de l'exécution de cette tâche. Ce n'est donc pas un abandon de tâches qui est discuté ici - le fait que l'État renonce à l'exécution des peines impliquerait l'abandon d'une partie essentielle de la puissance publique et donc une délégitimation incompatible avec la constitution (l'exécution de sanctions en tant que tâche originelle de l'État, chap. 2.1 N 5 ss.).<sup>56</sup> Il s'agit seulement de déléguer (partiellement) l'exécution des sanctions à des tiers extérieurs à l'administration.

### 3.2 Conditions régissant la délégation de tâches étatiques

- 31 La *doctrine* n'est pas unanime quand il s'agit de déterminer quelles tâches étatiques et administratives sont susceptibles être déléguées à des tiers, notamment privés, et dans quelle mesure. Certains auteurs sont sceptiques ou nient même la possibilité d'externaliser des tâches faisant partie de la mission essentielle de l'État (tâches étatiques originelles) ou appartenant au domaine de l'administration restrictive ou à d'autres attributions délicates en rapport avec la conformité aux principes de l'État de droit, comme la défense nationale, la législation et la juridiction, la police, la poursuite pénale et l'exécution des sanctions<sup>57</sup>.
- 32 Toutefois, *aucun consensus sur les limites absolues* de l'externalisation des tâches de l'État ne s'est dessiné jusqu'à présent dans la doctrine. La jurisprudence du Tribunal fédéral et de la CourEDH n'ont à ma connaissance pas dégagée de tâches étatiques impropres à la délégation en tant que telles. C'est bien au contraire souvent le législateur lui-même qui prévoit, de plus en plus fréquemment, la possibilité de déléguer certaines activités à des privés, même dans le domaine des tâches originelles de l'État. Les bases légales correspondantes existent également dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures; ainsi, le législateur fédéral permet aux cantons de déléguer l'organisation de l'assistance de probation à des associations privées (art. 376 al. 1, 2ème phrase CP) et de confier à des établissements gérés par des exploitants privés l'exécution des peines sous forme de semi-détention ou de travail externe ainsi que celle des mesures visées aux art. 59 à 61 et 63 (art. 370 al. 1 CP). En outre, le Conseil fédéral peut à titre d'essai et pour une durée limitée autori-

---

<sup>56</sup> Cf. également Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 77

<sup>57</sup> Müller, p. 68 ss.; Jaag, p. 41 (le monopole de la puissance publique "exclut que des tâches qui requièrent dans le cas extrême l'exercice d'une contrainte physique, telles que les tâches de la police criminelle, de l'exécution des peines ou du service militaire, soient intégralement déléguées à des organismes privés"); Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 74 f., 94 ss.; Biaggini, Commentaire st-gallois ad art. 178 Cst, N 28, chaque fois avec d'autres renvois.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

ser la délégation de l'exécution des peines privatives de liberté à des établissements gérés par des exploitants privés (art. 387 al. 4 lit. b CP). Au niveau cantonal, l'accomplissement de travaux d'intérêt général<sup>58</sup>, la sécurité du transport de détenus ou l'accompagnement et le traitement spécialisés de détenus<sup>59</sup> par exemple sont délégués à des privés.

- 33 Au regard du droit actuellement en vigueur, l'externalisation de tâches liées à l'exécution des peines à des tiers extérieurs à l'administration n'est pas illégitime en tant que telle. L'optique de l'examen se déplace dès lors, s'écartant de la question de l'admissibilité de l'externalisation en tant que telle pour se focaliser sur les modalités conformes aux principes d'un État de droit qui doivent régir une telle externalisation.
- 34 La constitution fédérale n'exige pas de base constitutionnelle pour l'externalisation de tâches étatiques ou administratives à des tiers extérieurs à l'administration. Dans la mesure où la constitution n'exclut pas expressément la délégation des tâches ou n'attribue pas expressément l'exécution d'une tâche publique à l'administration de l'État<sup>60</sup>, l'externalisation à des tiers peut selon l'art. 178 al. 3 Cst. se faire moyennant une *base légale formelle* suffisamment précise<sup>61</sup>. La loi peut soit déléguer directement une tâche publique à une personne déterminée de droit public ou privé, soit autoriser l'administration à externaliser cette tâche en attribuant des mandats de prestation, sous forme de décision ou encore sous forme d'un rapport contractuel avec des tiers<sup>62</sup>. Dans tous les cas, la tâche déléguée et l'étendue de la délégation doivent être définis dans la loi. La loi doit en outre régler les modalités essentielles de la délégation. En font partie les droits et les obligations des tiers chargés de l'exécution de la tâche, le financement de cette exécution, la surveillance de l'exécutant par l'État ainsi que les rapports juridiques créés entre l'exécutant et les particuliers, notamment les questions de protection juridique et de responsabilité<sup>63</sup>.
- 35 En plus d'une base légale suffisante, l'externalisation doit comme toute activité de l'État répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 5 al. 1 et 2

---

<sup>58</sup> Cf. BSK CP II-Imperatori, ad Art. 379 CP N 2.

<sup>59</sup> Cf. Baechtold, p. 72.

<sup>60</sup> Cf. Jaag, p. 37.

<sup>61</sup> L'exigence d'une base légale formelle en vue de la délégation de tâches étatiques à des tiers est un principe général du droit public et vaut également pour les cantons; cf. ATF 138 I 196 consid. 4.4.3 p. 201. Cf. également Jaag, p. 38; Biaggini, art. 178 N 26; Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 60 ss.

<sup>62</sup> Rütsche, p. 159.

<sup>63</sup> Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 60

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

Cst.). L'exigence d'un *intérêt public* en revanche ne limite guère les externalisations. Une meilleure efficacité, des économies de coûts ou la flexibilisation dans l'exécution de la tâche sont autant d'intérêts publics suffisants; la question de savoir si et dans quelle mesure de tels intérêts existent est plus politique que juridique et dépend prioritairement de l'appréciation retenue par le législateur<sup>64</sup>. L'exigence de la proportionnalité a pour conséquence que l'institution extérieure à l'administration en charge de la tâche doit pouvoir l'exécuter selon des critères d'économicité et de qualité supérieurs à ce que pourrait faire l'administration étatique elle-même; en outre, l'externalisation ne doit pas porter préjudice à la situation juridique des personnes concernées d'une manière inadmissible<sup>65</sup>.

- 36 La situation juridique à garantir dans le cadre de l'externalisation concerne en premier lieu les *droits fondamentaux des tiers* concernés. L'art. 35 al. 3 Cst. prévoit que quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Dans le cadre de l'externalisation d'une tâche étatique, cette obligation de respecter les droits fondamentaux est transférée à l'exécutant extérieur à l'administration. Dans les faits, l'externalisation peut toutefois être une menace pour les droits fondamentaux, par exemple parce que les exécutants ne disposent pas des ressources nécessaires au respect des standards des droits fondamentaux, parce qu'il n'y a pas de protection juridique efficace contre une violation des droits fondamentaux, parce qu'il n'est pas possible de demander des comptes à l'exécutant en cas de atteinte illicite à ces droits ou parce que la surveillance de l'exécution est aménagée de façon insuffisante. Parce qu'il est tenu de respecter les droits fondamentaux, l'État a l'obligation de protéger les privés par toutes les mesures institutionnelles ou organisationnelles appropriées contre une mise en danger potentielle de leurs droits fondamentaux du fait de l'externalisation d'une tâche étatique<sup>66</sup>. Si une telle mise en danger des droits fondamentaux ne peut pas être évitée de manière satisfaisante, l'État doit renoncer à externaliser une tâche et s'en charger lui-même<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Cf. Jaag, p. 42.

<sup>65</sup> Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 64

<sup>66</sup> Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 63. Cf. également Comité des droits de l'homme de l'ONU, observation générale No 35 ad art. 9 Pacte ONU II du 28 octobre 2014, N 8, qui prévoit que même après une externalisation à des privés, les États signataires restent responsables du respect et de la mise en oeuvre des garanties accordées à l'art. 9 du pacte ONU II. Les États signataires doivent s'assurer que les personnes et organismes privés n'abusent pas de leur position de force et prévoir une protection efficace ou un dédommagement en cas de détention arbitraire ou illicite.

<sup>67</sup> Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 80 ss., notamment 82.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

37 En cas d'externalisation de tâches de l'État, c'est *en premier lieu le législateur* qui doit garantir la protection des droits fondamentaux. Mais les autorités administratives qui délèguent des tâches publiques à des tiers au moyen de mandats de prestation sont également astreintes à la garantie d'une protection suffisante des droits fondamentaux. Les autorités doivent notamment s'assurer que les exécutants disposent de suffisamment de ressources financières en vue de l'exécution de leur tâche, par le paiement d'indemnités ou d'une autre manière. Des mandats de prestation ne doivent être attribués qu'à des institutions qui disposent de personnel et d'infrastructures appropriés pour exécuter la tâche qui leur est confiée. À des fins de contrôle des exécutants, il est possible de prévoir des pouvoirs d'instruction ou de contrôle en faveur des autorités qui délèguent ainsi que des obligations d'information et de rapport à charge des exécutants. La protection juridique de tierces personnes concernées doit être réglée de telle sorte que ces personnes puissent efficacement se défendre contre d'éventuelles violations de leurs droits fondamentaux. Il faut également veiller à ce qu'en cas de violation du droit, l'exécutant réponde financièrement et, le cas échéant, pénalement de ses actes<sup>68</sup>.

#### 4. Exécution des peines à l'étranger de lege lata

##### 4.1 Délimitation: exécution de la peine dans le pays d'origine

38 La problématique évoquée dans le présent avis de droit est celle de l'exécution à l'étranger de peines privatives de liberté par des personnes condamnées en Suisse, qui sont soit des citoyens suisses ou des étrangers qui ne proviennent pas de l'État où la peine privative de liberté sera exécutée. Il s'agit donc de l'*exécution des peines dans un État tiers*. Cette situation doit être distinguée de celle de l'exécution par un étranger condamné en Suisse de sa peine dans son pays d'origine.

39 L'exécution de la peine dans le pays d'origine est exhaustivement réglée dans la *Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983*, entrée en vigueur en Suisse le 1er mai 1988. La convention a pour but de favoriser la réinsertion sociale des détenus étrangers en leur donnant la possibilité de subir leur condamnation dans leur milieu social d'origine<sup>69</sup>. L'une des conditions es-

---

<sup>68</sup> Cf. Jaag, p. 47; Kälin/Lienhard/Wytenbach, p. 69 et suiv.

<sup>69</sup> Cf. Préambule de la convention

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

sentielle est dès lors que la personne condamnée qui doit être transférée dispose de la citoyenneté de l'État qui exécutera la sanction. Aux termes de la Convention, un transfèrement de la personne condamnée vers son pays d'origine ne peut avoir lieu qu'à condition qu'elle-même ou son représentant ait consenti à ce transfèrement et que l'Etat de condamnation et l'Etat d'exécution se soient mis d'accord sur le transfèrement (art. 3 al. 1 lit. a, d et f). Sur la base de l'art. 8a EIMP, le Conseil fédéral a conclu d'autres accords relatifs au transfèrement de personnes condamnées vers leur pays d'origine; il s'agit d'accords bilatéraux principalement conclus avec des États extra-européens.

- 40 Le *protocole additionnel à la Convention européenne sur le transfèrement* adopté le 18 décembre 1997 et entrée en vigueur en Suisse le 1er octobre 2004, a simplifié les conditions de l'exécution des peines à l'étranger. Aux termes de de protocole additionnel, il est possible de renoncer au consentement de la personne concernée si celle-ci s'est enfuie vers son État d'origine pendant l'exécution de la peine (art. 2) ou lorsque la condamnation prononcée à l'encontre de celle-ci comporte une mesure d'expulsion ou de renvoi en vertu de laquelle cette personne, une fois mise en liberté, ne sera plus admise à séjourner sur le territoire de l'Etat de condamnation (art. 3 al. 1). Le transfèrement *vers le pays d'origine* de la personne condamnée reste toutefois la condition première. Même après l'entrée en vigueur du protocole additionnel, la Convention européenne sur le transfèrement s'applique uniquement à l'externalisation de l'exécution de la peine dans le pays d'origine de la personne condamnée. Cette convention ne peut donc pas servir de base au transfèrement vers un État tiers.

#### 4.2 Exécution de la peine dans un État tiers

- 41 L'exécution de la peine dans un État tiers est, tout comme l'exécution dans l'État d'origine du condamné, une délégation d'une tâche publique à des institutions de droit public ou de droit privé extérieures à l'administration (N 29). Se pose tout d'abord la question de savoir si la constitution n'exclut pas d'emblée une telle externalisation de la tâche. Une interdiction de l'externalisation de l'exécution des peines à l'étranger pourrait résulter de l'*interdiction d'extradition* selon l'art. 25 al. 1 Cst. Cette garantie d'un droit fondamental prévoit que les Suisses et les Suissesses ne peuvent être remis à une autorité étrangère que s'ils y consentent (cf. également art. 7 al. 1 EIMP). En l'espèce il ne s'agit toutefois pas d'une "extradition" au sens de l'art. 25 al. 1 Cst., mais d'un "transfèrement" effectué dans le cadre de l'exécution de la peine: Il y a extradition si une personne est "remise aux fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une sanction privative de liberté à l'Etat qui a le droit de connaître de l'infraction et qui demande l'extradition ou qui accepte, à la demande de la Suisse, une délégation

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

de poursuite pénale ou d'exécution" (art. 32 EIMP). C'est donc sa propre mission pénale que l'État étranger poursuit dans le cadre de l'extradition d'une personne. La Suisse réaliserait en revanche sa mission pénale à elle si elle remet une personne qui a commis une infraction en Suisse et qui a été condamnée de ce fait en Suisse à un établissement (public ou privé) à l'étranger pour la durée de l'exécution de la peine. Il ne s'agit par conséquent pas d'une extradition. L'exécution des peines à l'étranger n'est donc pas couverte par le champ d'application<sup>70</sup> de l'art. 25 al. 1 Cst.

- 42 L'art. 25 al. 1 Cst. n'exclut donc pas l'exécution par un ressortissant suisse d'une peine privative de liberté dans un État tiers. Il n'en reste pas moins que l'externalisation de tâches liées à l'exécution des peines à l'étranger exige une base légale formelle suffisamment précise (N 33). En plus, un traité international serait nécessaire, car du fait de l'externalisation de tâches étatiques vers un État tiers, la Suisse délègue à cet État ou à une entreprise privée sise sur son territoire national des tâches relevant de la puissance publique. S'il est soumis au référendum, un traité international<sup>71</sup> serait une base légale formelle suffisante. Il s'agit ci-après de vérifier si l'art. 379 et l'art. 387 al. 4 lit. b CP sont de nature à constituer une éventuelle base légale formelle. Ces deux dispositions permettent à certaines conditions la délégation de tâches liées à l'exécution de peines à des établissements sous direction privée. La compétence de déléguer l'exécution d'un jugement pénal suisse à un autre État au sens de l'art. 100 EIMP pourraient également entrer en ligne de compte à titre de base légale formelle. Mais même si ces dispositions permettraient l'externalisation de l'exécution des peines à l'étranger, un traité international serait nécessaire.
- 43 Aux termes de l'art. 379 CP, les cantons peuvent confier à des établissements gérés par des exploitants privés l'exécution des peines sous forme de semi-détention ou de travail externe (art. 379 al. 1 CP). Ces établissements privés sont placés sous la surveillance des cantons (art. 379 al. 2 CP). Selon son libellé, cette prescription est limitée aux peines sous forme de semi-détention (art. 77b CP) ou de travail externe (art. 77a al. 1 et 2 CP). La semi-détention ne peut être ordonnée que pour de courtes peines privatives de liberté de moins d'un an. Elle permet au détenu de conserver sa place de travail ou de formation et de passer le temps nécessaire au travail ou à la formation hors de l'établissement. Pour les peines privatives de liberté plus longues,

---

<sup>70</sup> Idem en relation avec le transfèrement de personnes condamnées en vue de l'exécution de la peine dans leur pays d'origine ou de domicile Breitenmoser, Commentaire st-gallois ad art. 25 Cst, N 12.

<sup>71</sup> Cf. Biaggini, art. 36 Cst. N 13; Tschannen, Commentaire st-gallois ad art. 164 Cst., N. 5.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

le travail externe est une phase de l'exécution. À condition que le détenu ait purgé au moins la moitié de sa peine et qu'il ait passé une période appropriée dans l'exécution en milieu ouvert, il a le droit d'exercer un travail à l'extérieur de l'établissement, sous le régime du travail externe. Les deux formes d'exécution ont pour caractéristique commune que le détenu, qui ne doit présenter ni danger de fuite, ni danger de récidive, quitte l'établissement pendant la journée pour aller travailler ou suivre une formation, mais y rentre pour la période de repos et les loisirs<sup>72</sup>. Les deux formes d'exécution servent à la réinsertion sociale du délinquant (N 14); la semi-détention doit prévenir le risque de la perte d'intégration dans le monde du travail en permettant au détenu de poursuivre sa formation ou son activité professionnelle pendant l'exécution de la peine. Le travail externe en revanche poursuit le but d'offrir au détenu ayant purgé une peine prolongée la possibilité de se réhabituer à la vie hors de l'établissement et de retrouver sa place dans le monde du travail.

- 44 Sur la base de l'art. 379 CP, une externalisation de l'exécution des peines n'entraînerait en ligne de compte que pour la semi-détention ou le travail externe, mais non pour les autres formes de détention. Le libellé de l'art. 379 CP ne permettrait en outre qu'une délégation à des établissements gérés par des exploitants privés, mais exclut les institutions publiques. L'art. 379 CP exige en plus une surveillance des établissements mandatés par les cantons. Une telle surveillance n'est pas possible à l'égard d'établissements étrangers, qui dépendent de la puissance publique de l'État dans lequel ils se situent. Une surveillance d'un établissement d'exécution des peines étranger exigerait un traité international correspondant qui accorderait aux cantons des droits de souveraineté extraterritoriale. Des éléments de fait viennent compliquer la situation: la poursuite du travail ou de la formation pendant la semi-détention ou la reprise d'un travail régulier sous le régime du travail externe serait en règle générale difficile, voire impossibles en raison de la distance géographique ainsi que des différences linguistiques et culturelles. Au vue de ces *difficultés juridiques et matérielles considérables*, le législateur aurait dû explicitement prévoir à l'art. 379 CP l'externalisation à l'étranger comme catégorie particulière de la privatisation de l'exécution des peines sous forme de semi-détention ou de travail externe, ou il aurait pour le moins dû en discuter au cours les travaux préparatoires. Cela n'étant pas le cas<sup>73</sup>, il faut

---

<sup>72</sup> Message 1998, p. 135 ss.

<sup>73</sup> Dans le message 1998, p. 196 ss., c'est seulement la délégation des tâches d'exécution à des entreprises privées qui est discutée (avec un renvoi à des expériences correspondantes réalisées à l'étranger). La délégation de tâches d'exécution vers l'étranger n'est pas

admettre que l'art. 379 CP *ne peut pas* servir de base légale à la délégation des tâches d'exécution à des établissements étrangers.

- 45 L'art. 387 al. 4 lit. b CP également doit être examiné au titre de base légale formelle potentielle. À teneur de cette disposition, le Conseil fédéral peut, à sa propre initiative ou à la demande des cantons<sup>74</sup>, prévoir ou autoriser "à titre d'essai et pour une durée déterminée" la délégation de l'exécution des peines privatives de liberté à des établissements gérés par des exploitants privés. Aux termes de l'art. 387 al. 4 lit. b CP, ces établissements privés doivent satisfaire aux exigences du code en matière d'exécution des peines (art. 74 à 85, 91 et 92); ils sont placés sous la surveillance des cantons. Les cantons doivent édicter des dispositions d'exécutions concernant l'exécution des peines dans des établissements gérés par des exploitants privés et ces dispositions d'exécution doivent être approuvées par la Confédération (art. 387 al. 5 CP). L'art. 387 al. 4 lit. b CP autorise donc explicitement le Conseil fédéral à externaliser l'exécution des peines vers des privés extérieurs à l'administration. Sur la base de la disposition mentionnée, cette privatisation de l'exécution des peines ne peut toutefois n'intervenir que pour une période limitée et à titre d'essai.
- 46 À la différence de l'art. 379 CP, l'autorisation de privatiser l'exécution des peines prévue à l'art. 387 a. 4 lit. b CP n'est pas limitée à certaines formes d'exécution seulement; elle est en revanche limitée dans le temps et ne peut intervenir qu'à titre d'essai. Pour le surplus, ce qui a été affirmé pour l'art. 379 CP vaut également ici: d'une part, le libellé de la disposition ne permet d'externaliser les tâches relatives à l'exécution des peines que vers des "établissements gérés par des exploitants privés", de sorte qu'une externalisation à des établissements publics à l'étranger n'entre pas en ligne de compte. D'autre part, le législateur exige également que les établissements mandatés soient surveillés par les cantons, ce qui n'est pas possible sans le transfert de droits souverains moyennant un traité international si des établissements étrangers sont concernés. Finalement, la délégation de tâches d'exécution à des établissements étrangers comporte à première vue le danger que les principes des art. 74 ss. CP, notamment l'objectif de réinsertion sociale et les principes de normalisation et d'assistance (art. 75 CP) ne puissent pas être respectés. Le législateur aurait dû se préoccuper de ces difficultés et dangers s'il avait envisagé une externalisations de l'exécution des peines à l'étranger. Aucun passage correspondant ne figure toutefois

---

mentionnée. Aucune discussion n'a eu lieu auparavant, cf. BO 1999 p. 1137, BO 2001 N 605.

<sup>74</sup> Message 1998, p. 204

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

dans les travaux préparatoires<sup>75</sup>. Cela signifie que l'art. 387 al. 4 lit. b CP non plus *ne peut servir de base légale* pour une délégation de l'exécution des peines privatives de liberté à l'étranger.

- 47 Finalement, l'art. 100 EIMP prévoit qu'à la demande des autorités suisses compétentes, l'*exécution d'une décision pénale* suisse peut être déléguée à un Etat étranger: cette délégation est notamment conditionnée par le fait que la délégation permette d'escompter un meilleur reclassement social du condamné ou que la Suisse ne puisse obtenir l'extradition (art. 100 lit. b EIMP). Le condamné doit consentir à son transfèrement et il faut que, selon toute attente, les conditions fixées par l'office fédéral soient observées dans l'Etat requis (art. 101 al. 1 EIMP). Les accords internationaux qui permettent un transfèrement du condamné sans son consentement sont réservés (art. 101 al. 2 EIMP). Il est ainsi fait référence au protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, qui permet à certaines conditions qu'une personne condamnée soit transférée dans son pays d'origine pour l'exécution de la peine sans que son consentement ne soit nécessaire (N 39). Aux termes des art. 100 et 101 EIMP, le transfèrement d'une personne objet d'une condamnation pénale en Suisse vers un Etat tiers aux fins de l'exécution de sa peine est dès lors admissible dans la mesure seulement où l'objectif de la réinsertion sociale y est plus facile à atteindre et si la personne concernée y consent. La condition d'une meilleure réinsertion sociale ne sera en règle générale pas réalisée dans le cadre d'une exécution de la sanction dans un Etat tiers (cf. N 55). L'art. 100 EIMP ne peut donc pas faire office de base légale générale pour l'exécution des peines dans un Etat tiers.
- 48 Il s'ensuit que de lege lata, il n'y a pas de base légale suffisante qui permette de déléguer des tâches d'exécution des sanctions à des établissements publics ou privés dans des Etats tiers. Pour le surplus, les traités internationaux permettant une externalisation des tâches d'exécution des peines vers des Etats tiers font défaut. À titre de résultat intermédiaire, l'on peut donc retenir que de lege lata, l'externalisation de l'exécution des peines vers un Etat tiers n'est pas licite.

---

<sup>75</sup> Cf. message 1998, p. 204, BO 1999 p. 1137, BO 2001 N 606 ss.

## 5. Création de nouvelles bases légales

### 5.1 Loi et traité international

- 49 Comme il a déjà dit plus haut, la délégation de tâches à un État tiers en matière d'exécution des peines présuppose une base légale formelle suffisamment déterminée. Elle peut consister en un traité international soumis au référendum (N 0). Différentes variantes sont imaginables: fort de sa compétence en matière d'exécution des peines au sens de l'art. 123 al. 3 Cst., le *législateur fédéral* pourrait autoriser le Conseil fédéral à conclure des traités internationaux avec des États tiers en vue de la délégation de tâches relatives à l'exécution des peines (cf. art. 7a al. 1 LOGA). Ou le *Conseil fédéral* conclue de tels traités internationaux sans autorisation préalable, ce qui implique que ces traités devront être approuvés par l'*Assemblée fédérale* (art. 166 al. 2 Cst.) et qu'ils sont soumis au *référendum facultatif*, les normes permettant l'externalisation de tâches de l'État étant des dispositions importantes fixant des règles de droit (art. 141 al. 1 lit. d ch. 3 en rel. avec art. 178 al. 3 Cst.). La compétence de la Confédération résulte sans autres de l'art. 54 al. 1 Cst. Aux termes de l'art. 55 al. 1 Cst., les cantons devraient être associés à la préparation de ces décisions.
- 50 Il n'est pas certain que les cantons quant à eux seraient également autorisés à conclure des traités internationaux relatifs à l'exécution des peines à l'étranger. L'art. 56 al. 1 Cst. permet aux cantons de conclure des traités avec l'étranger, ces traités ne devant être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit d'autres cantons (art. 56 al. 2 Cst.). La Confédération n'a pas épuisé les compétences législatives en matière d'exécution des peines qui lui reviennent aux termes de l'art. 123 al. 3 Cst. et n'a pas adopté de réglementation définitive (N 9). Dans le cadre des prescriptions de droit fédéral, les cantons restent donc compétents pour ce qui est de la réglementation de l'exécution des peines.
- 51 Pour la question de l'externalisation de tâches relatives à l'exécution des peines dont il est question ici, il faut cependant retenir une solution complètement fédérale: aux art. 377 à 380 CP, le législateur fédéral a défini les compétences cantonales en matière de construction et d'exploitation des établissements de détention. Ainsi, il autorise à l'art. 378 al. 1 CP les cantons à conclure des accords sur la création et l'exploitation conjointes d'établissements d'exécution des peines et des mesures, ce qu'ils ont fait en signant les trois concordats régionaux sur l'exécution des peines et des mesures. Ensuite, la Confédération autorise les cantons à l'art. 379 al. 1 CP à privatiser l'exécution des peines en confiant à des établissements gérés par des exploitants privés l'exécution des peines sous forme de semi-détention ou de travail

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

externe. L'externalisation des tâches relatives à l'exécution à l'étranger est un acte au moins aussi important que la privatisation limitée à certaines formes d'exécution selon l'art. 379 al. 1 CP. Par conséquent, une telle externalisation à l'étranger devrait aussi être autorisée par la Confédération. Cette opinion est confirmée par le fait que l'art. 387 al. 4 lit. b CP réserve au Conseil fédéral la possibilité d'autoriser la privatisation de l'exécution des peines à titre d'essai. Une délégation des tâches liées à l'exécution des peines à des établissements étrangers serait d'une importance capitale et devrait donc d'autant plus être autorisée par la Confédération. Cela signifie que ce n'est qu'avec l'autorisation de la Confédération que les cantons auraient la compétence de confier à des établissements étrangers des tâches d'exécution. Une telle autorisation faisant défaut, les cantons n'ont pas la compétence de conclure les traités internationaux correspondants.

## 5.2 Intérêt public et proportionnalité

- 52 L'externalisation de l'exécution des peines vers des États tiers devraient reposer sur un intérêt public suffisant et être proportionnée au but visé (N 34). Outre les gains en efficacité et les motifs fiscaux, une exécution plus flexible entre également en ligne de compte à titre d'*intérêt public*, notamment en cas de suroccupation des établissements nationaux<sup>76</sup>.
- 53 Le principe de la *proportionnalité* exige que la délégation des tâches liées à l'exécution des peines à l'étranger soit appropriée et nécessaire à une bonne exécution de cette tâche publique. Une externalisation à l'étranger est appropriée si l'établissement étranger peut s'acquitter de sa tâche d'exécution aussi bien que les établissements suisses. La nécessité de l'externalisation doit être admise si l'État n'est pas en mesure de remplir cette tâche ou s'il ne peut s'en acquitter selon les mêmes standards de qualité et d'efficacité. Les problèmes passagers qui viennent compliquer l'exécution de la tâche, comme la suroccupation par exemple, peuvent également justifier une externalisation. En tout état de cause, on doit pouvoir raisonnablement exiger de la part des détenus concernés qu'ils se soumettent à l'externalisation de l'exécution de leur peine. L'externalisation ne doit dès lors pas être préjudiciable à la garantie des droits fondamentaux des détenus ou mettre ces droits en péril. Le respect de ces conditions doit être contrôlé ci-après.

---

<sup>76</sup> BSK CP II-Imperatori, avant art. 379 CP N. 7. cf. également Baechtold, p. 71.

### 5.3 Garantie de la protection des droits fondamentaux

- 54 Il résulte de l'obligation faite par l'art. 35 al. 2 Cst. aux responsables de l'action étatique de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation que même en cas d'externalisation de l'exécution des peines à l'étranger, la Suisse resterait responsable de la protection des droits fondamentaux des détenus (N 35).<sup>77</sup> Cette obligation de garantir la protection des droits fondamentaux existe indépendamment du niveau de développement de l'État auquel l'exécution des peines est déléguée et de son adhésion aux principes de l'État de droit.
- 55 Indépendamment de la qualité des établissements mandatés, une externalisation de l'exécution des peines à l'étranger comporterait déjà une menace de préjudices pour les droits fondamentaux en raison de la *distance géographique* par rapport à l'environnement social habituel des détenus<sup>78</sup>. C'est principalement le droit des détenus à entretenir des contacts avec le monde extérieur qui serait menacé: la communication sous forme épistolaire ou téléphonique ainsi que l'accès des détenus aux livres, journaux et aux émissions de radio et de télévision de leur choix serait en principe possible dans un établissement étranger de même qu'en Suisse. Le droit des détenus de recevoir régulièrement la visite de leurs proches ou d'autres personnes de référence et d'entretenir des contacts personnels avec des personnes à l'extérieur de l'établissement en revanche serait dans les faits restreint. Non seulement en raison de la distance géographique qui sépare l'établissement de la Suisse et de l'augmentation de la durée et du coût des voyages que cela implique, mais également en raison d'éventuelles restrictions à l'entrée et prescriptions de visa de l'État où a lieu l'exécution de la peine. Le droit à des congés appropriés serait également compromis: ce droit a justement pour but de permettre au détenu d'entretenir des rapports avec le monde extérieur et de le préparer à sa libération (art. 84 al. 6 CP)<sup>79</sup>.
- 56 Lors de l'exécution des peines dans des États tiers, les mises en péril de droits fondamentaux seraient également à craindre en raison de *différences linguistiques et culturelles* entre les détenus provenant de Suisse et le personnel étranger de l'établissement, ainsi qu'avec les autres détenus. Ainsi, le conseil et l'assistance internes

---

<sup>77</sup> Par rapport à la privatisation de l'exécution des peines et des mesures, BSK CP II-Imperatori, avant Art. 372 CP N 9.

<sup>78</sup> Cf. ch. 17.1 des Règles pénitentiaires européennes, qui prévoit que les détenus doivent être répartis autant que possible dans des prisons situées près de leur foyer ou de leur centre de réinsertion sociale.

<sup>79</sup> Baechtold, p. 165.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

à l'établissement, essentiels à une bonne réinsertion sociale des détenus, pourraient sérieusement être compromis. (art. 75 al. 1 CP). Cela concerne dans une plus forte mesure encore l'assistance psychologique et psychiatrique ainsi que le droit de consulter un aumônier de confiance. Il n'est également pas certain que les détenus provenant de Suisse se voient attribuer un travail approprié (art. 81 al. 1 CP) ou qu'ils puissent avoir accès à une formation ou une formation complémentaire appropriées (art. 82 CP). Les différences linguistiques et culturelles n'auraient probablement pas seulement des répercussions à l'intérieur de l'établissement, mais également dans le cadre des congés, lors de contacts avec la population locale, contribuant ainsi à un isolement plus important des détenus. L'on ne saurait exclure que dans l'ensemble, l'externalisation à l'étranger renforce les effets nocifs de la privation de liberté et empêche ou rend plus difficile la réinsertion sociale recherchée.

- 57 Une externalisation de l'exécution des peines à l'étranger réduirait selon toute vraisemblance également les *possibilités de protection juridique* des détenus. Tout d'abord, la distance géographique compliquerait le contact des détenus avec leurs défenseurs suisses. L'attribution d'un mandat à un avocat étranger pourrait se heurter à des difficultés linguistiques et il n'est pas exclu que l'État tiers n'accorde pas le droit à l'assistance juridique gratuite. Le droit à l'information sur les droits dont dispose le détenu et l'invocation de ces droits devant des instances étrangères pourrait également pâtir des différences linguistiques. Si l'on admet que l'établissement de détention et le personnel local de ce dernier restent soumis au droit de l'État tiers, mais que la peine privative de liberté est exécutée selon le droit suisse, des conflits de compétence avec les autorités de l'État tiers pourraient se produire en cas de litige et en fonction de la situation des cas. Si les autorités et les tribunaux suisses devaient rester compétents pour connaître des plaintes contre des actions de l'établissement étranger se poserait la question de savoir comment la procédure devrait pratiquement se dérouler pour que les droits fondamentaux de procédure soient respectés et de quelle manière les décisions seront mises en œuvre. Il y aurait dans l'ensemble lieu de craindre qu'en cas d'exécution des peines dans un État tiers, la garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst. ainsi que les garanties de procédure ne puissent dans les faits pas être respectés.
- 58 Des raisonnements similaires s'appliquent à la *surveillance* étatique de l'exécution des sanctions à l'étranger. Dans la mesure où le personnel local de l'établissement resterait soumis au droit de l'État tiers, les autorités suisses n'auraient pas la possibilité d'ouvrir une procédure de surveillance en cas d'indices concrets concernant l'existence d'infractions disciplinaires et, le cas échéant, de prononcer des sanctions. Indé-

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

pendamment de cela, le contrôle de l'établissement de détention au moyen d'inspections et d'autres instruments serait compliqué du fait de la distance géographique et d'éventuelles différences linguistiques, même si l'État tiers devait accorder les autorisations nécessaires. Or, une surveillance des relations entre l'établissement de détention étranger et les détenus suisses par les autorités suisses n'est pas nécessaire si l'État tiers surveille ces relations efficacement. Au sens d'une *haute surveillance*, les autorités suisses devraient toutefois s'assurer que les autorités étrangères s'acquittent effectivement de leurs tâches de surveillance.

- 59 Une externalisation de l'exécution des peines dans des pays ou une langue nationale suisse est parlée et qui ont un niveau de développement comparable à celui de la Suisse, notamment une externalisation dans les régions frontalières proches, pourrait en partie vider les craintes d'une mise en péril des droits fondamentaux de leur substance. Cela notamment pour ce qui est des conditions de vie générales des détenus et de l'assistance et du conseil internes à l'établissement. En cas de faible distance par rapport au centre de vie social des détenus, le droit aux relations avec le monde extérieur, notamment avec les proches ou d'autres personnes de référence ainsi que le droit à des congés appropriés seraient garantis. Les difficultés rencontrées dans le cadre de la protection juridique et de la surveillance en raison de la souveraineté d l'État tiers subsisteraient toutefois pour l'essentiel.
- 60 Les réserves relatives aux droits fondamentaux mentionnés valent principalement pour les détenus intégrés en Suisse et qui reprendront selon toute vraisemblance leur vie en Suisse après leur libération. Pour des ressortissants étrangers condamnés en Suisse qui font l'objet d'une *décision d'expulsion ou de renvoi entrée en force*, les préoccupations en matière de droits fondamentaux en relation avec une exécution de la peine dans un État tiers ne sont pas également pertinentes, car pour ces détenus l'objectif de la réinsertion dans la société suisse après l'exécution de la peine est caduc. Les réserves sont également moins importantes si ce sont des personnes condamnées qui n'entretiennent pas de relation avec la Suisse qui sont concernées, notamment les touristes de la criminalité. Même pour ce qui est de ces catégories de détenus, la Suisse a toutefois l'obligation de garantir pleinement les droits fondamentaux et de leur accorder une protection juridique efficace, ainsi que de surveiller de manière adéquate l'exécution de la peine.
- 61 En raison de ce qui précède, il s'impose de conclure que l'exécution des peines dans un État tiers met sérieusement en péril les droits fondamentaux des détenus. L'exécution dans un État tiers serait dès lors incompatible avec les droits fondamentaux des détenus tels que prévus par la constitution fédérale et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, notamment la CEDH. L'objection du *manque de ca-*

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

*pacités* en vue de l'exécution des peines en Suisse n'est pas de nature à justifier la limitation des droits fondamentaux des détenus<sup>80</sup>. Un éventuel accord des personnes condamnées de purger leur peine dans un État tiers serait de nature à compenser le manque de conformité avec leurs droits fondamentaux dans la mesure seulement où ils leur décision est prise en toute liberté, à la suite d'une information suffisante sur les inconvénients qu'ils subiront. Le caractère volontaire de l'accord ne devra pas être retenu si cet accord est obtenu parce que le détenu est menacé de subir des inconvénients en cas de refus, notamment celui d'un début différé de l'exécution. En considération de ce fait, on ne peut guère s'attendre à ce que des personnes condamnées donnent librement leur consentement en vue d'une exécution de leur peine à l'étranger. Les instances législatives compétentes ne peuvent donc pas créer de bases légales à la fois efficaces et conformes aux droits fondamentaux en vue de l'exécution des peines dans un État tiers.

- 62 Sont réservés des cas particuliers dans lesquels l'exécution de la peine dans un État tiers promet exceptionnellement une meilleure réinsertion sociale parce que la personne condamnée dispose dans cet État tiers de liens sociaux plus étroits, qu'elle maîtrise la langue de ce pays et que pour le surplus, le standard de l'exécution des sanctions correspond aux exigences minimales en matière de droits fondamentaux. La vraisemblance d'une meilleure réinsertion sociale doit être admise tant objectivement que subjectivement, du point de vue de la personne condamnée, raison pour laquelle celle-ci doit librement consentir à l'exécution de la peine dans l'État tiers. Dans ces conditions, l'exécution de la peine dans l'État tiers semble compatible avec les droits fondamentaux. Les art. 100 ss. EIMP, qui exigent une meilleure réinsertion sociale du condamné et son consentement, pourraient servir de base légale (N 47). En plus, un traité international correspondant devrait être conclu et, tant que le législateur fédéral n'a pas autorisé le Conseil fédéral à conclure ce traité sous sa propre responsabilité<sup>81</sup>, approuvé par l'Assemblée fédérale et soumis au référendum (cf. N 0). Le traité international devrait notamment régler les questions de l'indemnisation, du transport des détenus, du droit applicable à l'exécution et à la protection juridique, de la surveillance et de la responsabilité en cas de violation des règles. Dans ce contexte, les parties contractantes seraient libre de déclarer applicable le droit suisse dans

---

<sup>80</sup> Cf. ATF 122 II 299 consid. 3c p. 304 et consid. 5a p. 307 ss.; ATF 123 I 221 II.1.c/cc, ch. 4 des Règles pénitentiaires européennes: "Le manque de ressources ne saurait justifier des conditions de détention violant les droits de l'homme".

<sup>81</sup> L'autorisation de l'art. 8a EIMP ne se réfère qu'à l'exécution d'accord concernant le transfèrement vers le pays d'origine (cf. N 39).

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

le périmètre de l'établissement de détention étranger, dans la mesure où des détenus suisses sont concernés<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Cf. l'accord entre la Norvège et les Pays-Bas du 2 mars 2015 concernant le transfert de détenus norvégiens vers le centre d'exécution de Veenhuizen; cf. <http://www.government.nl/news/2015/03/02/norwegian-prisoners-to-the-netherlands-in-september.html>.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

## 6. Conclusions

63 En raison de ce qui précède, le présent avis de droit arrive aux conclusions suivantes:

- De lege lata, *les bases légales nécessaires* à une externalisation de l'exécution de peines privatives de liberté prononcées en Suisse dans des États tiers *font défaut*. Cela indépendamment du fait qu'il s'agisse de ressortissants suisses ou étrangers. Au regard du droit actuellement en vigueur, une exécution des peines privatives de liberté dans un État tiers n'est pas admissible.
- La délégation de tâches en matière d'exécution des peines à un État tiers pré-suppose une *base légale formelle* suffisamment déterminée. Elle peut consister en un traité international soumis au référendum. Les *cantons n'ont pas la compétence* de déléguer eux-mêmes des tâches d'exécution à des établissements étrangers.
- L'exécution des peines dans un État tiers est en principe *incompatible* avec les droits fondamentaux des détenus tels que garantis par la constitution fédérale et les conventions internationales des droits de l'homme. Le législateur ne peut donc pas introduire la possibilité de l'exécution des peines dans des États tiers en créant les bases légales nécessaires. Sont réservés les cas dans lesquels l'exécution dans un État tiers promet exceptionnellement une meilleure réinsertion sociale et qui sont dans l'intérêt de la personne condamnée; dans ce cas, la personne condamnée doit consentir à l'exécution de sa peine dans un État tiers. La conclusion d'un traité international soumis au référendum est alors nécessaire.



Prof. Dr Bernhard Rütsche  
Professeur ord. de droit public et de philosophie  
du droit

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

## Liste des textes normatifs et des travaux préparatoires

LTF	Loi du 17.6.2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173 110).
Message 1998	du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (tirage séparé).
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (SR 101).
CAT	Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (SR 0.105), entrée en vigueur en Suisse le 26 juin 1987
CPT	Convention européenne du 26 novembre 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (SR 0.106), entrée en vigueur en Suisse le 1er février 1989
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101), entrée en vigueur en Suisse le 28 novembre 1974.
Convention européenne d'extradition	Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.1), entrée en vigueur en Suisse le 20 mars 1967
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale; RS 351.1)
LPPM	Loi fédérale du 5 octobre 1984 sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures (RS 341).
LOGA	Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
Conventions sur le transfèrement	Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées, du 23 mars 1983, entrée en vigueur

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

en Suisse le 1er mai 1988 (RS 0.343)

Pacte ONU II

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2), entrée en vigueur en Suisse le 18 septembre 1992

Protocole additionnel à  
la convention sur le  
transfèrement

Protocole additionnel du 18 décembre 1977 à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (RS 0.343.1), entrée en vigueur en Suisse le 19 décembre 2003

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

## Bibliographie

- BAECHTOLD ANDREA, Strafvollzug, 2ème édition, Berne 2009.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2007.
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (éditeurs), Staatsrecht, Zurich/St-Gall 2011.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (éditeurs), Die schweizerische Bundesverfassung, Commentaire st-gallois, 3ème édition, Zurich/St. Gall 2014.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrechts, 6ème édition, Zurich/St-Gall 2010.
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 5ème éditions, Zurich 2013.
- HOBBS THOMAS, Leviathan, Stuttgart 2003, traduction de «Leviathan» de 1651.
- JAAG TOBIAS (éditeur.) Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich 2000.
- KÄLIN WALTER/LIENHARD ANDREAS/WYTENBACH JUDITH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Bâle 2007.
- KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zurich/St-Gall 2012.
- LOCKE JOHN, Du gouvernement, Stuttgart 1983 (Traduction de «The Second Treatise of Government» von 1689.
- MADER LUZIUS, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus le-gistischer Sicht, in: ZSR 2004 II 1.
- MÜLLER ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, in: AJP 1998 65.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (éditeurs), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessord-nung, 1  
1ère édition, Bâle 2010.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éditeurs), Basler Kommentar zu Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz, Strafrecht I, 3ème édition, Bâle 2013.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éditeurs), Basler Kommentar zu Art. 111–392 StGB, Strafrecht II, 3ème édition, Bâle 2013.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 4/2013 153.

Bernhard Rütsche  
Exécution des peines à l'étranger

- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4ème édition, Berne 2011
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2ème édition, Berne 2006.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4ème édition, Berne 2014.