

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Fachbereich Straf- und Massnahmenvollzug
Bundesrain 20
3003 Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. Bernhard Rütsche

Luzern, 17. Mai 2015

Rechtsgutachten:

Vollzug von Schweizer Strafurteilen in ausländischen Strafvollzugsanstalten

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung und Vorgehen.....	2
2.	Der Strafvollzug	4
2.1.	Strafvollzug als originäre Staatsaufgabe	4
2.2.	Zuständigkeitsordnung in der Schweiz	6
2.3.	Strafvollzugsgrundsätze des StGB	8
2.4.	Grundrechtsschutz von Strafgefangenen	11
2.5.	Rechtsschutz und Aufsicht im Strafvollzug	13
3.	Übertragung von Staatsaufgaben	16
3.1.	Strafvollzug im Ausland als Übertragung einer Staatsaufgabe	16
3.2.	Anforderungen an die Übertragung von Staatsaufgaben.....	17
4.	Strafvollzug im Ausland nach geltendem Recht.....	20
4.1.	Abgrenzung: Strafvollzug im Heimatstaat.....	20
4.2.	Strafvollzug in einem Drittstaat	21
5.	Schaffung neuer Rechtsgrundlagen.....	26
5.1.	Gesetz und Staatsvertrag	26
5.2.	Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit	27
5.3.	Gewährleistung des Grundrechtsschutzes	28
6.	Ergebnisse	33
	Erlass- und Materialienverzeichnis	34
	Literaturverzeichnis	36

1. Fragestellung und Vorgehen

- 1 Am 18. März 2015 erteilte das Bundesamt für Justiz dem Unterzeichnenden den Auftrag, die folgenden Fragen gutachterlich zu klären:
 1. Ist es nach geltendem Recht zulässig, in der Schweiz ausgesprochene Freiheitsstrafen in öffentlich oder privat geführten Strafvollzugsanstalten im Ausland zu vollstrecken, wenn es sich bei den Verurteilten um
 - a. Schweizer Bürger/innen handelt,
 - b. Ausländer/innen handelt, der Vollstreckungsstaat aber nicht mit dem Heimatstaat der Verurteilten identisch ist?
 2. Falls Frage 1 bejaht wird:
 - 2.1 Ist die Zustimmung der verurteilten
 - a. Schweizer Bürger/innen,
 - b. Ausländer/innennötig, um die Freiheitsstrafe in einer ausländischen Strafanstalt zu vollstrecken?
 - 2.2 Welche weiteren Voraussetzungen müssten erfüllt sein, damit in der Schweiz ausgesprochene Freiheitsstrafen in ausländischen Strafvollzugsanstalten vollstreckt werden könnten?
 - 2.3 Welches Strafvollzugsrecht würde in den ausländischen Strafvollzugsanstalten für die von der Schweiz überstellten Gefangenen Anwendung finden?
 3. Falls Frage 1 verneint wird:

Kann das skizzierte Vorhaben durch die Schaffung verfassungsrechtlicher und/oder innerstaatlicher Rechtsgrundlagen realisiert werden?

 - a. Wenn ja, wie müssten diese ausgestaltet sein?
 - b. Falls ein Staatsvertrag mit einem ausländischen Staat ins Auge gefasst würde, welcher Staatsebene (Bund oder Kantone) käme die Vertragsabschlusskompetenz sowie die Kompetenz zur Vertragsumsetzung zu?
- 2 Im Zentrum des vorliegenden Gutachtens steht somit die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen in der Schweiz ausgesprochene Freiheitsstrafen in ausländischen Strafanstalten vollzogen werden dürfen, wenn es sich bei der verurteilten Person um einen Schweizer handelt oder um einen Ausländer, dessen Heimatstaat nicht mit dem Staat, in dem die Strafe vollzogen wird, identisch ist. Gegenstand des Gutachtens ist ausschliesslich der Vollzug von *Freiheitsstrafen* bei *Erwachsenen*. Nicht thematisiert wird der Vollzug anderer Sanktionen, namentlich der Vollzug von Geldstrafen und Bussen sowie der Vollzug von freiheitsentziehenden Massnahmen

(Massnahmenvollzug). Ebenso wenig befasst sich das Gutachten mit dem Vollzug von Freiheitsstrafen bei Jugendlichen.

- 3 Die Fragestellung des Gutachtens bezieht sich sodann primär auf den Vollzug im eigentlichen Sinne, also auf die Art und Weise der *Durchführung* der Freiheitsstrafen. Von Interesse sind darüber hinaus Fragen im Zusammenhang mit der *Beaufsichtigung* des Vollzugs und dem *Rechtsschutz* gegenüber Vollzugshandlungen. Demgegenüber sind die Anordnung, Unterbrechung und Beendigung von Freiheitsstrafen durch die Vollstreckungsbehörden für die Beantwortung der Gutachtensfragen grundsätzlich nicht relevant¹.
- 4 Zur Beantwortung der gestellten Fragen sind zunächst die rechtlichen Grundlagen des Strafvollzugs darzulegen (Kap. 2). Anschliessend werden die Anforderungen an die Übertragung von Staatsaufgaben an Dritte allgemein erörtert (Kap. 3). Gestützt darauf lässt sich beurteilen, ob der Vollzug von Freiheitsstrafen im Ausland nach geltendem Recht zulässig ist (Kap. 4). Soweit die Zulässigkeit *de lege lata* zu verneinen ist, stellt sich sodann die Frage, ob und inwieweit ein Strafvollzug im Ausland durch Schaffung neuer Rechtsgrundlagen *de lege ferenda* eingeführt werden kann (Kap. 5). Am Ende werden die Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst (Kap. 6).

¹ Zur Unterscheidung zwischen Vollzug und Vollstreckung von strafrechtlichen Sanktionen BAECHTOLD, S. 47; BSK StGB II-IMPERATORI, vor Art. 372 StGB Rz. 20 ff.; BSK StPO-BRÄGGER, Art. 439 Rz. 1 ff.

2. Der Strafvollzug

2.1. Strafvollzug als originäre Staatsaufgabe

- 5 Nach klassischer Definition zeichnet sich der Staat dadurch aus, dass er über ein Staatsgebiet, ein in diesem Gebiet lebendes Staatsvolk und eine effektive Staatsgewalt verfügt². Die ausschliessliche Ausübung von Gewalt auf dem Staatsgebiet ist ein wesentliches Merkmal des souveränen Staates: Das *staatliche Gewaltmonopol* dient dem Zweck, den inneren Frieden zu sichern³ sowie die grundlegenden Rechte des Menschen⁴ zu schützen⁵. In der schweizerischen Bundesverfassung kommt der primäre Zweck des Staates in Art. 2 Abs. 1 zum Ausdruck: «Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes.» Diese Zweckbestimmung wird in verschiedenen Aufgabennormen konkretisiert, namentlich in Art. 35 Abs. 2 BV (Verwirklichung der Grundrechte) und Art. 57 BV (Sicherheit des Landes und Schutz der Bevölkerung). Der Staat kann sich seiner Aufgabe, die Sicherheit zu gewährleisten und die Menschenrechte zu schützen, nicht entledigen, ohne sich selber abzuschaffen. Gewährleistung der Sicherheit und Schutz der Menschenrechte sind mit der Existenz des Staates notwendig verbunden, es handelt sich mithin um *originäre Staatsaufgaben*.
- 6 Die originären Staatsaufgaben begründen nicht nur die Legitimität der Staatsgewalt, sondern setzen ihr auch *Grenzen*. Die Ausübung staatlicher Gewalt ist nur soweit gerechtfertigt, als sie notwendig ist, um den Frieden zu sichern und die Rechte der

² KAUFMANN, in: BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, § 2 Rz. 3 ff.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, § 2 Rz. 27; KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, S. 3 ff., jeweils mit Verweis auf die sog. „Dreielementenlehre“ von Georg Jellinek.

³ Vgl. BGE 103 Ia 310, S. 312: «l'une des missions essentielles de l'Etat est d'assurer l'harmonie de la vie collective. Le développement harmonieux de cette dernière n'est possible que si règne l'ordre public, que l'Etat doit assurer»; aus der politischen Philosophie grundlegend HOBBS, wonach sich die Menschen freiwillig der absoluten Macht des Staates unterwerfen, um dem Naturzustand, in dem der „Krieg aller gegen alle“ herrscht, zu entgehen. Als Gegenleistung für diesen Rechtsverzicht garantiert ihnen der mit absoluter Macht ausgestattete Staat Frieden und Sicherheit (Leviathan, 2. Teil, Kap. 17 ff.).

⁴ Aus der politischen Philosophie grundlegend LOCKE, wonach das grosse und hauptsächliche Ziel, zu dem sich Menschen in Staatswesen zusammenschliessen und sich unter eine Regierung stellen, die Erhaltung ihrer natürlichen Rechte (Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum) ist (Über die Regierung, Rz. 123 ff.).

⁵ Zum Ganzen auch KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, S. 13 ff.

Bürgerinnen und Bürger zu schützen⁶. Mit einer ungebundenen, willkürlichen Ausübung des Gewaltmonopols würde der Staat den inneren Frieden und die Menschenrechte gefährden und damit seine eigene Zwecksetzung untergraben. Es liegt in der Verantwortung des Staates selber, mittels institutioneller Sicherungen dafür zu sorgen, dass die Staatsgewalt nicht übermarcht. Zu diesen institutionellen Sicherungen gehören neben einer gewaltenteiligen Staatsorganisation die Anerkennung und wirksame Durchsetzung *rechtsstaatlicher Grundsätze* sowie *verfassungsmässiger Grundrechte*⁷. Die Bundesverfassung verankert die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns in Art. 5. Die Ausübung staatlicher Gewalt ist demnach an die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit sowie von Treu und Glauben gebunden. Die Grundrechte sind in Art. 7–36 BV gewährleistet. Art. 35 Abs. 2 BV verpflichtet jeden, der staatliche Aufgaben wahrnimmt, zur Einhaltung der Grundrechte. Einschränkungen von Grundrechten sind nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sind, verhältnismässig sind und den Kerngehalt der Grundrechte nicht antasten (Art. 36 BV).

- 7 Ein unerlässliches Instrument zur Aufrechterhaltung des inneren Friedens und zum Schutz der Menschenrechte ist das *Strafrecht*. Das Strafrecht kommt einerseits der Wahrnehmung individueller Vergeltungsbedürfnisse durch Mittel der Selbstjustiz zuvor und sichert auf diese Weise das friedliche Zusammenleben der Menschen⁸. Andererseits schützt das Strafrecht die elementaren individuellen und kollektiven Rechtsgüter, indem es durch Androhung und Vollstreckung von Sanktionen auf die Täter und die Allgemeinheit einwirkt, um Verbrechen zu verhüten⁹. Das Strafrecht kann seine Zwecke nur erreichen, wenn es wirksam durchgesetzt wird. Hierzu muss der Staat Behörden einrichten und finanzieren, welche Tatverdächtige verfolgen, Strafurteile erlassen und die angeordneten Strafen vollziehen¹⁰. Die Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden nehmen in Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols eine wesentliche – originäre – Staatsaufgabe wahr¹¹. Würde der Staat den ihm zustehen-

⁶ Nach der Gesellschaftsvertragstheorie von LOCKE bricht der Staat den Treuhandvertrag mit dem Volk, wenn er seine Gewalt willkürlich gegen dieses ausübt; die Staatsgewalt fällt alsdann an das Volk zurück, welches eine neue Regierung einzusetzen hat (Über die Regierung, Rz. 222).

⁷ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 16.

⁸ STRATENWERTH, AT I, § 2 Rz. 10.

⁹ STRATENWERTH, AT I, § 2 Rz. 15 ff.

¹⁰ Vgl. GÄCHTER, in: BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, § 30 Rz. 46 und 52.

¹¹ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 21.

den Strafanspruch nicht wahrnehmen und durchsetzen, würde er letztlich sein Gewaltmonopol und seine darauf beruhende Legitimierung aufgeben.

- 8 Der Strafvollzug ist nach dem Gesagten den originären Staatsaufgaben zuzurechnen. Wie jede Staatsaufgabe hat sich der Strafvollzug an die rechtsstaatlichen Grundsätze und die Grundrechte zu halten. Diese Bindung gilt kraft Art. 35 Abs. 2 BV für *sämtliche Institutionen und Personen*, die an der Wahrnehmung von Strafvollzugsaufgaben beteiligt sind¹².

2.2. Zuständigkeitsordnung in der Schweiz

- 9 In der Schweiz ist das *Strafrecht* eine gemeinsame *Aufgabe des Bundes und der Kantone*. Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts ist Sache des Bundes (Art. 123 Abs. 1 BV), während für die Gerichtsorganisation, die Rechtsprechung in Strafsachen und den Straf- und Massnahmenvollzug die Kantone zuständig sind, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 123 Abs. 2 BV). Der in der Volksabstimmung vom 28. November 2004 angenommene Art. 123 Abs. 3 BV erteilt dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs (Satz 1)¹³. Zudem ermächtigt diese Bestimmung den Bund, den Kantonen namentlich für die Errichtung von Anstalten und für Verbesserungen im Straf- und Massnahmenvollzug Beiträge zu gewähren (Satz 2).
- 10 Der Bund hat seine Rechtsetzungskompetenz nach Art. 123 Abs. 3 BV bis anhin nicht dazu genutzt, um das Straf- und Massnahmenvollzugsrecht abschliessend zu vereinheitlichen. Immerhin hat aber der Bundesgesetzgeber mit der Gesamtrevision des Allgemeinen Teils des Strafrechts, die auf den 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, in Art. 74–92 StGB eine Reihe von *inhaltlichen und organisatorischen Vorgaben* für einen verfassungs- und völkerrechtskonformen Straf- und Massnahmenvollzug erlassen. Diese Anforderungen haben weitgehend Grundsatzcharakter¹⁴ und bedürfen der Konkretisierung sowie Ergänzung durch kantonales Vollzugsrecht¹⁵. In organisatorischer Hinsicht verpflichtet der Bund die Kantone, Strafvollzugsanstalten und Einrichtungen für den Massnahmenvollzug (Art. 377 Abs. 1 und 3 StGB) sowie Einrichtun-

¹² Zu den Grundrechtsverpflichteten allgemein SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 39.

¹³ BIAGGINI, Art. 123 BV Rz. 6; BSK StGB II-IMPERATORI, vor Art. 372 StGB Rz. 7.

¹⁴ Vgl. BAECHTOLD, S. 24; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 123 BV, Rz. 13.

¹⁵ Botschaft 1998, S. 131.

gen der Bewährungshilfe (Art. 376 Abs. 1 StGB) zu errichten und zu betreiben, überlässt aber die Ausgestaltung dieser Institutionen der kantonalen Organisationsautonomie.

- 11 Der Bund verpflichtet die Kantone, die von ihren Strafgerichten und den Bundesstrafbehörden ausgefallten Urteile zu vollziehen (Art. 372 Abs. 1 StGB). Dabei haben die Kantone einen *einheitlichen Vollzug* der strafrechtlichen Sanktionen zu gewährleisten (Art. 372 Abs. 3 StGB). Zu diesem Zweck sind die Kantone angehalten, Anstrengungen zur Harmonisierung ihres Vollstreckungs- und Vollzugsrechts zu unternehmen¹⁶. Eine Vereinheitlichung des Strafvollzugs lässt sich zudem ein Stück weit mittels Zusammenarbeit der Kantone bei Errichtung und Betrieb von Strafanstalten erreichen (Art. 378 StGB)¹⁷. Ferner sollen die Leistungen des Bundes für den kantonalen Straf- und Massnahmenvollzug die einheitliche Anwendung der Vorschriften und Grundsätze des Vollzugsrechts sicherstellen (Art. 1 lit. a LSMG).
- 12 Die in Art. 378 StGB vorgesehene Zusammenarbeit zwischen den Kantonen findet im Rahmen der drei regionalen *Strafvollzugskonkordate* statt¹⁸. Die Organe der Konkordate koordinieren die Planung und den Betrieb der Anstalten für den Strafvollzug und der Einrichtungen für den Massnahmenvollzug. Zudem erlassen sie Reglemente und Empfehlungen für den Vollzug sämtlicher strafrechtlicher Sanktionen¹⁹. Die drei Strafvollzugskonkordate werden durch ein gemeinsames Organ, den sog. Neunerausschuss (Kommission für Strafvollzug und Anstaltswesen der KKJPD) koordiniert. Sie unterscheiden sich jedoch bezüglich Geltungsbereich, Organisation und Zuständigkeiten erheblich²⁰.
- 13 Trotz der bundesrechtlichen Vorgaben in Art. 74–92 StGB und der Pflicht zur Gewährleistung eines einheitlichen Sanktionenvollzugs ist das kantonale Vollzugsrecht bis heute sehr *unterschiedlich* ausgestaltet²¹. Die Unterschiede zeigen sich vor

¹⁶ BSK StGB II-IMPERATORI, Art. 372 StGB Rz. 41.

¹⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 48a Abs. 1 lit. a BV, wonach der Bund die Kantone zur Zusammenarbeit im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs verpflichten kann.

¹⁸ Konkordat der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 5. Mai 2006; Konkordat der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 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.

¹⁹ Vgl. BSK StGB II-IMPERATORI, Art. 378 Rz. 4 ff.

²⁰ BAECHTOLD, S. 62 ff.

²¹ BAECHTOLD, S. 57 f.

allem in der Organisation der Vollstreckungs- und Vollzugsorgane²², aber auch in der Aufsicht über den Straf- und Massnahmenvollzug sowie – aufgrund der Zuständigkeit der Kantone zur Regelung des öffentlichen Verfahrensrechts²³ – in der Ausgestaltung des Rechtsschutzes.

2.3. Strafvollzugsgrundsätze des StGB

- 14 Der Bund hat sich mit Erlass von Art. 74–92 StGB neben einer gewissen Vereinheitlichung des Straf- und Massnahmenvollzugsrechts zum Ziel gesetzt, die Rechtsstellung der Strafgefangenen zu verbessern²⁴. Diesem Ziel dienen zunächst die allgemeinen Vollzugsgrundsätze in Art. 74 StGB. Diese Bestimmung hält fest, dass die *Menschenwürde* des Gefangenen zu achten ist. Das Grundrecht der Menschenwürde (Art. 7 BV) hat im Strafvollzug, der durch ein starkes Abhängigkeitsverhältnis der Inhaftierten gegenüber der Staatsmacht geprägt ist, besondere Bedeutung. Die Menschenwürde verlangt die Respektierung von Strafgefangenen als selbstbestimmte Personen und verbietet, sie durch schikanöse oder willkürliche Behandlung zu einem blossen Objekt staatlichen Handelns zu erniedrigen²⁵. Weiter sieht Art. 74 StGB vor, dass die Rechte des Gefangenen nur so weit beschränkt werden dürfen, als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung es erfordern. Damit werden die *öffentlichen Interessen*, die Einschränkungen der Rechte des Inhaftierten erlauben, abschliessend umschrieben. Im Sinne des *Verhältnismässigkeitsprinzips* sind solche Einschränkungen nur zulässig, wenn sie geeignet und erforderlich sind, mittels Entzug der Bewegungsfreiheit den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen und das geordnete Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung zu gewährleisten²⁶.
- 15 Als Vollzugsziel statuiert Art. 75 Abs. 1 Satz 1 StGB die Förderung des sozialen Verhaltens der Strafgefangenen und insbesondere ihrer Fähigkeit, künftig straffrei zu leben. Die *Wiedereingliederung* der Strafgefangenen in die Gesellschaft ist somit – neben der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs – die zentrale Aufgabe des Strafvollzugs. Das Vollzugsziel der Resozialisierung wird durch die besonderen Vollzugsgrundsätze in Art. 75 Abs. 1 Satz 2 StGB konkretisiert und ergänzt²⁷. Demnach

²² BAECHTOLD, S. 66 ff.

²³ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 154.

²⁴ Botschaft 1998, S. 131.

²⁵ Vgl. BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 74 Rz. 9 f.; MÜLLER/SCHÉFER, S. 116 f.

²⁶ Vgl. BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 74 Rz. 9 f.; STRATENWERTH, AT II, § 4 Rz. 11.

²⁷ Vgl. BAECHTOLD, S. 104; BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75 Rz. 5.

hat der Strafvollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen möglichst zu entsprechen, indem sich namentlich die materiellen Haftbedingungen am jeweiligen Stand der Gesellschaft orientieren, Sozialkontakte mit der Aussenwelt ermöglicht bzw. gefördert werden und die Anforderungen an das Sozialverhalten der Strafgefangenen möglichst wenig von den ausserhalb des Strafvollzugs herrschenden Bedingungen und Anforderungen abweichen (*Normalisierungsprinzip*)²⁸. Weil der Normalisierung im Strafvollzug Grenzen gesetzt sind, obliegt den Vollzugsorganen eine besondere Fürsorgepflicht in denjenigen Belangen, die von den Strafgefangenen nicht selbständig wahrgenommen werden können, wie die Gesundheitsversorgung und generell soziale, religiöse, wirtschaftliche und rechtliche Bedürfnisse (*Betreuungsprinzip*)²⁹. Zudem sind die Vollzugsorgane verpflichtet, den schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs dadurch entgegenzuwirken, dass sie die Strafgefangenen von der Aussenwelt möglichst wenig abschotten und zugleich vor Übergriffen von Mitgefangenen schützen (*Entgegenwirkungsprinzip*)³⁰. Schliesslich ist dem Schutz der Allgemeinheit, des Vollzugspersonals und der Mitgefangenen angemessen Rechnung zu tragen, indem insbesondere die Begehung von Delikten während des Strafvollzugs verhindert werden soll (*Sicherungsprinzip*)³¹.

- 16 Weitere Strafvollzugsgrundsätze finden sich in Art. 76 ff. StGB. So dürfen gemäss Art. 76 Abs. 2 StGB Freiheitsstrafen nur dann in geschlossenen Anstalten oder Abteilungen vollzogen werden, wenn Flucht- oder Wiederholungsgefahr besteht. Daraus folgt e contrario, dass der Strafvollzug in der Regel *in offenen Anstalten* stattfindet, d.h. in Strafanstalten, die über vergleichsweise geringe Sicherheitsvorkehrungen organisatorischer, personeller und baulicher Art verfügen³². In diesem Zusammenhang postuliert BRÄGGER, dass die Versetzung vom offenen Vollzug in eine geschlossene Abteilung oder die innerhalb des geschlossenen Vollzugs stattfindende Verlegung in eine Abteilung mit erhöhter Sicherheit rechtlich überprüfbar sein müssen, da sie die Bedingungen für die Bewegungsfreiheit verschlechtern und so die persönliche Frei-

²⁸ BAECHTOLD, S. 105; BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75 Rz. 6 f.

²⁹ BAECHTOLD, S. 106; BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75 Rz. 10.

³⁰ BAECHTOLD, S. 105; BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75 Rz. 8 f.

³¹ BAECHTOLD, S. 106; BSK StGB I-BRÄGGER Art. 75 Rz. 11 f. Zum Ganzen auch Botschaft 1998, S. 132. Vgl. dagegen BGE 139 I 180 E. 1.6 S. 183, wo die Resozialisierung nicht als übergeordnetes Vollzugsziel erscheint, sondern neben das Betreuungs- und Entgegenwirkungsprinzip gestellt wird; gemäss Bundesgericht steht bei jüngeren Personen die Resozialisierung im Vordergrund, während sich mit zunehmendem Alter der Insassen die Schwerpunkte verschieben, wobei dem Betreuungs- und Entgegenwirkungsprinzip Vorrang zukommt.

³² Botschaft 1998, S. 134.

heit einschränken³³. Art. 78 StGB sieht vor, dass die *Einzelhaft* nur ausnahmsweise möglich ist, und zwar bei Strafantritt während höchstens einer Woche, sofern es zur Vollzugsplanung erforderlich ist (lit. a), zum Schutz des Gefangenen oder Dritter (lit. b) sowie als Disziplinarsanktion (lit. c)³⁴.

- 17 Weiter sind Strafgefangene zur *Arbeit* verpflichtet, die möglichst ihren (körperlichen und geistigen) Fähigkeiten, ihrer Ausbildung und ihren Neigungen entsprechen soll (Art. 81 Abs. 1 StGB) sowie angemessen entlohnt werden muss (Art. 83 Abs. 1 StGB). Auch sollen Strafgefangene bei Eignung nach Möglichkeit die Gelegenheit zu einer den Fähigkeiten entsprechenden *Aus- und Weiterbildung* erhalten (Art. 82 StGB).
- 18 Art. 84 StGB regelt die *Beziehungen von Gefangenen zur Aussenwelt*. Demnach haben Strafgefangene das Recht, Besuche zu empfangen und mit Personen ausserhalb der Anstalt persönlichen, brieflichen oder telefonischen Kontakt zu pflegen (Abs. 1 Satz 1). Der Kontakt mit nahestehenden Personen, namentlich mit Angehörigen, ist zu erleichtern (Abs. 1 Satz 2), jener mit Geistlichen, Ärzten, Rechtsanwälten und anderen Personen, die kraft ihrer Aufgaben in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu den Gefangenen stehen, muss wenn möglich frei von Überwachungsmaßnahmen sein (Abs. 3). Privilegiert ist der Kontakt zum Verteidiger: Dessen Besuche dürfen zwar beaufsichtigt, die Gespräche aber nicht mitgehört werden; ebenso wenig ist eine inhaltliche Überprüfung der Korrespondenz und anwaltlicher Schriftstücke gestattet (Abs. 4). Der Verkehr mit den Aufsichtsbehörden darf überhaupt nicht kontrolliert werden (Abs. 5). Schliesslich ist dem Strafgefangenen zur Pflege der Beziehungen zur Aussenwelt, zur Vorbereitung der Entlassung oder aus besonderen Gründen, namentlich zur Verrichtung unaufschiebbarer persönlicher, existenzerthaltender oder rechtlicher Angelegenheiten, in angemessenem Umfang Urlaub zu gewähren, soweit sein Verhalten im Strafvollzug dem nicht entgegensteht und keine Flucht- oder Wiederholungsgefahr besteht (Abs. 6)³⁵.
- 19 Art. 85 StGB enthält Regelungen zu *Kontrollen und Untersuchungen des Gefangenen*. Gemäss Abs. 1 dürfen die persönlichen Effekten und die Unterkunft des Gefangenen zum Schutz der Ordnung und Sicherheit der Strafanstalt durchsucht werden.

³³ BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 76 StGB Rz. 8.

³⁴ Gemäss Botschaft 1998, S. 136, beruht die Zurückhaltung gegenüber der Einzelhaft auf der Erfahrung, dass die mit einer derartigen Einzelunterbringung während der Arbeits-, Ruhe- und Freizeit verbundene Reduktion von Beziehungen zur Um- und Mitwelt zu Persönlichkeitsstörungen führen kann.

³⁵ Zum Ganzen Botschaft 1998, S. 132 ff.

Abs. 2 erlaubt die Durchführung einer Leibesvisitation, wenn der Gefangene im Verdacht steht, auf sich oder im Körper unerlaubte Gegenstände zu verbergen. Die Untersuchung ist von einer Person gleichen Geschlechts vorzunehmen und in Abwesenheit der anderen Gefangenen durchzuführen, falls sie mit einer Entkleidung verbunden ist. Untersuchungen im Körperinnern sind von einem Arzt oder anderem medizinischen Personal vorzunehmen.

2.4. Grundrechtsschutz von Strafgefangenen

- 20 Der Strafvollzug ist mit besonders schweren Einschränkungen der Freiheiten und Bedürfnisse der inhaftierten Personen verbunden. Entsprechend ist ein *wirksamer Schutz ihrer Grundrechte* von zentraler Bedeutung. Im Vordergrund stehen neben der Menschenwürde das Recht auf physische und psychische Integrität, die Bewegungsfreiheit (soweit sie nicht durch den Strafvollzug als solchem entzogen ist), elementare Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung, der Schutz der Privatsphäre einschliesslich das Recht auf Privat- und Familienleben wie auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Meinungs- und Informationsfreiheit.
- 21 Die für Strafgefangene relevanten Grundrechtsgarantien sind sowohl auf *verfassungsrechtlicher Ebene* (Art. 7 ff. BV) als auch in verschiedenen *internationalen Menschenrechtsverträgen* verankert, namentlich in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in den UNO-Menschenrechtspakten (vorwiegend im UNO-Pakt II) sowie in den Übereinkommen der UNO und des Europarates gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT sowie CPT). Das Bundesgericht hat den Grundrechtsschutz von Strafgefangenen in einer reichhaltigen Rechtsprechung konkretisiert und fortgebildet. Dabei hat sich das Bundesgericht massgeblich an der Praxis völkerrechtlicher Organe orientiert, namentlich an der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), des UNO-Menschenrechtsausschusses, des UNO-Ausschusses gegen Folter sowie des Folterpräventionskomitees des Europarates. Wegleitend für die inhaltliche Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes von Strafgefangenen durch das Bundesgericht wie auch den EGMR waren insbesondere die Empfehlungen des Europarates zum Freiheitsentzug (*Europäische Strafvollzugsgrundsätze*), die vom Ministerkomitee des Europarates 1987 verabschiedet³⁶ und 2006 überarbeitet und aktualisiert³⁷ wurden. Diese

³⁶ Empfehlung (87) 3 vom 12. Februar 1987. Vgl. bereits die Resolution (73) 5 vom 19. Januar 1973 betreffend Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen sowie

Empfehlungen vermitteln zwar keine völkerrechtlich verbindlichen und gerichtlich durchsetzbaren Rechte des Einzelnen, erlangen aber als Ausdruck der gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten des Europarats auf dem Wege richterlicher Grundrechtskonkretisierung indirekt verfassungs- bzw. völkerrechtliche Verbindlichkeit³⁸.

- 22 Im Einzelnen ergeben sich aus der Judikatur von Bundesgericht und EGMR sowie der anderen völkerrechtlichen Organe namentlich die folgenden *grundrechtlichen Ansprüche von Strafgefangenen*³⁹: Anspruch auf hinreichende Zellengrösse sowie Schutz vor Isolation und Verdunkelung, Recht auf ausreichende ärztliche Betreuung im Fall somatischer oder psychischer Erkrankungen (nicht aber auf freie Arztwahl); regelmässige und genügende Bewegung im Freien; angemessene Ernährung, die auf die gesundheitlichen, weltanschaulichen und religiösen Bedürfnisse Rücksicht nimmt; hinreichende Kontakte zur Aussenwelt, insbesondere Recht auf Brief- und Telefonverkehr, Empfang von Paketen, Zugang zu Büchern, Zeitungen, Radio und Fernsehprogrammen eigener Wahl, regelmässigen Empfang von Angehörigen und Bekannten sowie auf Beziehungs- und Hafturlaube aus humanitären Gründen; Recht, persönliche Gegenstände mit hohem Affektwert im Vollzug zu behalten; Anspruch, an Kultushandlungen teilzunehmen und einen Seelsorger des eigenen Vertrauens beizuziehen; Recht auf Ausübung der politischen Rechte.
- 23 Die Grundrechtsansprüche von Strafgefangenen sind zu einem grossen Teil in Art. 74 ff. StGB kodifiziert und konkretisiert worden. Die *Strafvollzugsgrundsätze des StGB* bilden indessen nicht den gesamten, von den Gerichten fortlaufend weiterentwickelten Grundrechtsschutz von Gefangenen ab. Umgekehrt gehen die Strafvollzugsgrundsätze teilweise über den Grundrechtsstandard hinaus. Nicht ohne Weiteres klar ist das Verhältnis zwischen dem primären Ziel des Strafvollzugs – der *Resozialisierung des Täters* (Art. 75 StGB) – und dem Grundrechtsschutz. Die Resozialisierung entspricht insofern einem öffentlichen Interesse, als sie zum Ziel hat, die Strafgefangenen von der Begehung weiterer Straftaten nach der Entlassung abzuhalten⁴⁰.

die Empfehlung (82) 17 vom 24. September 1982 betreffend Inhaftierung und Behandlung von gefährlichen Gefangenen.

³⁷ Empfehlung (2006) 2 vom 11. Januar 2006.

³⁸ BGE 118 Ia 64 E. 2a S. 70; 122 I 222 E. 2a/aa S. 226; 123 I 221 E. II.2.b S. 236; 139 I 180 E. 2.5 S. 186.

³⁹ Vgl. die detaillierte Darstellung des Grundrechtsschutzes von Inhaftierten in: MÜLLER/SCHEFER, S. 114 ff.; BAECHTOLD, S. 183 ff., je mit Hinweisen auf die Judikatur.

⁴⁰ Vgl. BGE 133 I 270 E. 3.2.2 S. 279 (Resozialisierung als öffentliches Interesse).

Zugleich liegt die Resozialisierung im elementaren Interesse der Gefangenen. Die Fähigkeit zu sozialem Verhalten ist als wesentlicher Aspekt der Persönlichkeit dem Schutzbereich der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) zuzuordnen. Das Vollzugsziel der Resozialisierung hat insofern grundrechtliche Qualität, eine Beeinträchtigung dieses Vollzugsziels ist entsprechend als Grundrechtseingriff zu qualifizieren. Die „Doppelnatur“ der Resozialisierung als öffentliches Interesse und Grundrechtsgehalt kommt auch in den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen zum Ausdruck: Einerseits wird die Resozialisierung als Ziel des Strafvollzugs genannt, nämlich den „Vollzug für Strafgefangene so auszugestalten, dass sie fähig werden, in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“ (Ziff. 102.1). Andererseits erscheint die Resozialisierung als Grundprinzip, wonach jede Freiheitsentziehung so durchzuführen ist, „dass sie den betroffenen Personen die Wiedereingliederung in die Gesellschaft erleichtert“ (Ziff. 6). Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Menschenwürde einen grundrechtlichen Anspruch auf Resozialisierung explizit anerkannt und zugleich die Bedeutung der Resozialisierung für den Schutz der Gemeinschaft betont⁴¹.

2.5. Rechtsschutz und Aufsicht im Strafvollzug

- 24 Für einen wirksamen Grundrechtsschutz ist essentiell, dass die betroffenen Personen Verletzungen ihrer Rechte vor unabhängigen Gerichten geltend machen können. Die in Art. 29a BV verbriefte *Rechtsweggarantie* vermittelt jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Eine „Rechtsstreitigkeit“ im Sinne von Art. 29a BV liegt vor, wenn eine Streitigkeit im Zusammenhang mit einer „individuellen schützenswerten Rechtsposition“ steht; demgegenüber gibt die Rechtsweggarantie „keinen Anspruch darauf, dass jedermann jedes staatliche Handeln ungeachtet prozessualer Vorschriften auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen lassen kann“⁴². Rechtsweggarantien finden sich auch im internationalen Menschenrechtsschutz, wobei vorliegend vor allem das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK relevant ist. Dieses Recht verlangt ein Rechtsmittel an eine innerstaatliche Instanz, wenn Rechte der EMRK verletzt worden sind; als Rechtsmit-

⁴¹ BVerfGE 35, 202 (235 f.) – Lebach; 98, 169 (200) – Arbeitspflicht.

⁴² BGE 139 II 185 E. 12.4 S. 218 (beide Zitate).

telinstanz muss nicht notwendig ein Gericht zur Verfügung stehen, eine hinreichend unabhängige Verwaltungsbehörde kann genügen⁴³.

- 25 Die Rechtsweggarantien nach Art. 29a BV und Art. 13 EMRK verlangen einen *effektiven Rechtsschutz*⁴⁴. Die Rechtsmittelinstanzen sind entsprechend verpflichtet, die Vorbringen der rechtssuchenden Person mit voller Kognition in allen Rechts- und Sachverhaltsfragen frei zu prüfen⁴⁵ und den angefochtenen Akt gegebenenfalls aufzuheben bzw. dessen Auswirkungen zu beheben⁴⁶. Der Rechtsschutz muss unabhängig davon, in welchen Formen der Staat handelt, gewährleistet sein. Insbesondere bedarf es auch gegenüber behördlichen Realakten, die individuell schützenswerte Rechtspositionen berühren, eines wirksamen Rechtsschutzes⁴⁷. Das Rechtsmittelverfahren selber hat den verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV, insbesondere dem Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Begründung von Entscheidungen, zu genügen. Handelt es sich bei der Rechtsmittelinstanz um eine gerichtliche Behörde, sind die Anforderungen von Art. 30 BV an ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht sowie der Anspruch auf öffentliche Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung zu beachten. Für einen wirksamen Rechtsschutz unabdingbar ist sodann der tatsächliche Zugang zu einem – nach Massgabe von Art. 29 Abs. 3 BV unentgeltlichen – Rechtsbeistand sowie die Vertraulichkeit der Gespräche und des Schriftverkehrs mit diesem⁴⁸. Im Übrigen können die Gefangenen ihre Rechte nur dann effektiv wahrnehmen, wenn über diese in einer ihnen verständlichen Sprache informiert sind⁴⁹.
- 26 Grundrechte stellen individuell schützenswerte Rechtspositionen dar. Greift der Staat in die *Grundrechte von Strafgefangenen* ein, liegt mithin eine *Rechtsstreitigkeit* im Sinne von Art. 29a BV vor, gegen die ein effektives Rechtsmittel zur Verfügung stehen muss. Der Rechtsschutz ist auch dann zu gewähren, wenn der Eingriff nicht in Form einer behördlichen Anordnung (Verfügung), sondern durch tatsächliches Handeln (Realakt) erfolgt. Letzteres kommt im Strafvollzug häufig vor, etwa bei der Durchsuchung von Personen und Räumlichkeiten, der Sicherstellung von Gegenständen, der Überwachung der Kontakte des Gefangenen mit der Aussenwelt, der

⁴³ BGE 130 I 369 E. 6.1 S. 377.

⁴⁴ KLEY, in: St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 8.

⁴⁵ BIAGGINI, Art. 29a BV Rz. 8.

⁴⁶ BGE 130 I 369 E. 6.1 S. 377.

⁴⁷ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 416; BGE 130 I 369 E. 6.1 S. 378 f.

⁴⁸ Vgl. Ziff. 23.1 ff. Europäische Strafvollzugsgrundsätze.

⁴⁹ Vgl. Ziff. 30.1 ff. Europäische Strafvollzugsgrundsätze.

Durchführung von Gefangenentransporten oder dem Einsatz von physischer Gewalt zur Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung⁵⁰. Verfügungscharakter hat demgegenüber die Anordnung von Disziplinarsanktionen, etwa die zeitweise Beschränkung von Freizeitbeschäftigungen oder Aussenkontakten sowie die Anordnung von Einzelhaft (vgl. Art. 91 Abs. 2 StGB).

- 27 Die den Strafgefangenen zur Verfügung stehenden *Rechtsmittel* sind im kantonalen Recht geregelt. Sie unterscheiden sich vor allem hinsichtlich der zuständigen Beschwerdeinstanzen, der Beschwerdefristen sowie der Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen Realakte der Vollzugsbehörden. Soweit das kantonale Strafvollzugsrecht keine speziellen Vorschriften enthält, kommen die allgemeinen kantonalen Verwaltungsrechtspflegeerlasse zur Anwendung. Gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid kann Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht erhoben werden (Art. 78 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 80 BGG). Gegen kantonale Erlasse, etwa gegen kantonale Anstaltsordnungen, ist demgegenüber auf Bundesebene die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu ergreifen (Art. 82 lit. b BGG). Gegen die Urteile des Bundesgerichts stehen die Individualbeschwerden an den EGMR sowie an UNO-Ausschuss gegen Folter nach Massgabe von Art. 35 EMRK bzw. Art. 22 CAT offen.
- 28 Strafgefangene sind aufgrund fehlender Mittel und Kenntnisse unter Umständen nicht in der Lage, gegen unrechtmässiges Handeln von Vollzugsorganen den Rechtsweg zu beschreiten. Abgesehen davon ist die Einhaltung der grundrechtlichen Anforderungen im Strafvollzug auch auf organisatorische und personelle Vorkehrungen angewiesen, die sich nicht zwangsläufig in anfechtbaren Einzelakten manifestieren. Die individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten reichen daher nicht aus, um die Grundrechte von Gefangenen wirksam zu schützen. Vielmehr bedarf es zur Grundrechtsverwirklichung darüber hinaus einer hinreichenden *Beaufsichtigung von Strafvollzugsanstalten* von Amtes wegen⁵¹. So statuieren die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze als Grundprinzip, dass Vollzugsanstalten regelmässig durch staatliche Stellen kontrolliert und durch unabhängige Stellen überwacht werden. Das Bundesrecht schreibt explizit vor, dass im Fall einer Auslagerung von Vollzugsaufgaben an private Anstalten die

⁵⁰ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2452 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 55 Rz. 7 f.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 23.

⁵¹ Zur staatlichen Aufsicht als Mittel zur Durchsetzung des Grundrechtsschutzes SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 28.

Aufsicht durch die Kantone zu gewährleisten ist (Art. 379 Abs. 2 und Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB).

3. Übertragung von Staatsaufgaben

3.1. Strafvollzug im Ausland als Übertragung einer Staatsaufgabe

- 29 Der Staat kann die ihm durch Verfassung und Gesetz zugewiesenen Aufgaben (Staatsaufgaben bzw. öffentliche Aufgaben oder Verwaltungsaufgaben⁵²) entweder – durch seine zentralen oder dezentralen Verwaltungseinheiten – selbst erfüllen oder an *ausserhalb der Verwaltung stehende Dritte* übertragen. Dies können Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts sein. Die Übertragung von staatlichen Aufgaben an verwaltungsexterne Dritte wird auch als „Auslagerung“ bezeichnet⁵³. Eine Übertragung bzw. Auslagerung von staatlichen Aufgaben an verwaltungsexterne Dritte bezieht sich stets nur auf die *Erfüllung* der Aufgabe (Erfüllungsverantwortung). Die Verantwortung für die Aufgabe als solcher verbleibt beim Staat. Dieser hat mit geeigneten Mitteln sicherzustellen, dass die Aufgabe durch den beauftragten Dritten hinreichend und rechtmässig erfüllt wird (Sicherstellungs- oder Gewährleistungsverantwortung⁵⁴). Die ausgelagerte Aufgabe bleibt mithin staatliche Aufgabe. Dies im Unterschied zu einem Aufgabenverzicht, bei welchem der Staat die Verantwortung für eine bestimmte Aufgabe vollständig abgibt und sich auf Regulierungs- und Kontrollfunktionen beschränkt⁵⁵.
- 30 Im vorliegenden Gutachten geht es um die Frage, ob in der Schweiz ausgesprochene Freiheitsstrafen in ausländischen Strafanstalten vollzogen werden dürfen. Der Strafvollzug im Ausland setzt eine *Aufgabenübertragung an ausländische Vollzugseinrichtungen* voraus. Die mit dem Vollzug der Freiheitsstrafen betrauten Strafanstalten gehören nicht zur Verwaltung von Bund oder Kantonen, sondern befinden sich auf dem Gebiet und unter der Herrschaft eines fremden Staates. Somit liegt eine Auslagerung von Aufgaben an verwaltungsexterne Dritte vor – dies unabhängig davon, ob es sich bei der ausländischen Vollzugsanstalt um eine staatliche Institution oder ein privates

⁵² Zu diesen Begriffen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 Rz. 14, 18; RÜTSCHKE, S. 154 f.

⁵³ Vgl. JAAG, S. 26; MADER, S. 44; KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 56 ff.

⁵⁴ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 11 Rz. 7 (Gewährleistungs- und Kontrollverantwortung).

⁵⁵ MADER, S. 41 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 11 Rz. 6.

Unternehmen handelt. Gegenstand der Auslagerung ist dabei die Erfüllung von Strafvollzugsaufgaben, während die Gewährleistung des Strafvollzugs in der Verantwortung des Staates, d.h. von Bund und Kantonen, verbleibt. Zur Diskussion steht somit nicht etwa ein Aufgabenverzicht – ein Verzicht des Staates auf den Vollzug von Strafen würde einen wesentlichen Teil des staatlichen Gewaltmonopols auflösen, den Staat delegitimieren und wäre mit der Verfassung nicht zu vereinbaren (zum Strafvollzug als originärer Staatsaufgabe Kap. 2.1 Rz. 5 ff.)⁵⁶. Vielmehr geht es einzig darum, die Durchführung des Strafvollzugs (teilweise) an verwaltungsexterne Dritte auszulagern.

3.2. Anforderungen an die Übertragung von Staatsaufgaben

- 31 In der *Lehre* ist umstritten, welche Staats- und Verwaltungsaufgaben in welchem Umfang an Dritte, namentlich an Private, ausgelagert werden dürfen. Verschiedene Autoren stehen insbesondere Auslagerungen im Bereich staatlicher Kernaufgaben (originärer Staatsaufgaben) bzw. im Bereich der Eingriffsverwaltung und anderer rechtsstaatlich sensibler Aufgaben wie militärische Landesverteidigung, Rechtsetzung und Rechtsprechung, Polizei sowie Strafverfolgung und Strafvollzug skeptisch oder gar ablehnend gegenüber⁵⁷.
- 32 Allerdings hat sich in der *Lehre* bisher *kein Konsens über absolute Grenzen* der Auslagerung von Staatsaufgaben herausgebildet. Auch in der Rechtsprechung von Bundesgericht und EGMR sind, soweit ersichtlich, keine Staatsaufgaben bezeichnet worden, die *als solche* einer Auslagerung nicht zugänglich wären. Vielmehr erteilt der Gesetzgeber selbst im Bereich originärer Staatsaufgaben der Verwaltung zunehmend die Kompetenz, einzelne Tätigkeiten an Private zu übertragen. Entsprechende gesetzliche Grundlagen existieren auch auf dem Gebiet des Straf- und Massnahmenvollzugs: So ermächtigt der Bundesgesetzgeber die Kantone, die Einrichtung der Bewährungshilfe privaten Vereinigungen zu übertragen (Art. 376 Abs. 1 Satz 2 StGB) sowie privat geführte Anstalten und Einrichtungen für den Vollzug der Halbgefängenschaft, des Arbeitsexternats, der stationären Massnahmen nach Art. 59–61 StGB

⁵⁶ Ebenso KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 77.

⁵⁷ MÜLLER, S. 68 ff.; JAAG, S. 41 (Gewaltmonopol des Staates „schliesst es aus, Aufgaben umfassend an Private zu übertragen, die im Extremfall die Ausübung körperlicher Gewalt erfordern, wie die Aufgaben der Kriminalpolizei, des Strafvollzugs und der militärischen Dienstleistung“); KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 74 f., 94 ff.; BIAGGINI, St. Galler Kommentar zu Art. 178 BV, Rz. 28 je m.w.H.

sowie der ambulanten Massnahme nach Art. 63 StGB zuzulassen (Art. 379 Abs. 1 StGB). Weiter kann der Bundesrat versuchsweise und für beschränkte Zeit die Übertragung des Vollzugs von Freiheitsstrafen an privat geführte Anstalten erlauben (Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB). Auf kantonaler Ebene werden etwa der Vollzug der gemeinnützigen Arbeit⁵⁸, die Sicherung von Gefangenentransporten oder die spezialisierte Betreuung und Behandlung von Strafgefangenen⁵⁹ an Private übertragen.

- 33 Die Auslagerung von Strafvollzugsaufgaben an verwaltungsexterne Dritte ist somit nach geltendem Recht *als solche nicht unzulässig*. Damit verschiebt sich der Blickwinkel von der Frage der Zulässigkeit einer Auslagerung als solcher auf die rechtsstaatlichen Modalitäten der Auslagerung.
- 34 Die Bundesverfassung verlangt für eine Auslagerung von Staats- oder Verwaltungsaufgaben an verwaltungsexterne Dritte keine verfassungsrechtliche Grundlage. Soweit die Verfassung die Aufgabenübertragung nicht ausdrücklich ausschliesst oder die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Staatsverwaltung zuweist⁶⁰, genügt gemäss Art. 178 Abs. 3 BV für eine Auslagerung an Dritte eine hinreichend bestimmte *Grundlage in einem formellen Gesetz*⁶¹. Das Gesetz kann entweder die öffentliche Aufgabe direkt an eine bestimmte Person des öffentlichen oder privaten Rechts übertragen oder die Verwaltung dazu ermächtigen, die Aufgabe mittels Leistungsaufträgen in Form von Verfügungen oder Verträgen an Dritte auszulagern⁶². In allen Fällen müssen Gegenstand und Umfang der Aufgabenübertragung im Gesetz festgelegt sein. Zudem hat das Gesetz die wesentlichen Modalitäten der Übertragung zu regeln. Dazu gehören die Rechte und Pflichten der mit der Aufgabenerfüllung betrauten Dritten, die Finanzierung der Aufgabenerfüllung, die staatliche Aufsicht über die Aufgabenträger sowie die Rechtsbeziehungen zwischen dem Aufgabenträger und Privatpersonen, namentlich der Rechtsschutz und die Haftung⁶³.
- 35 Neben einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage bedürfen Auslagerungen – wie jedes staatliche Handeln – eines öffentlichen Interesses und müssen verhältnismäs-

⁵⁸ Vgl. BSK StGB II-IMPERATORI, ZU Art. 379 StGB Rz. 2.

⁵⁹ Vgl. BAECHTOLD, S. 72.

⁶⁰ Vgl. JAAG, S. 37.

⁶¹ Das Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage für die Übertragung von Staatsaufgaben an Dritte entspricht einem allgemeinen Grundsatz des öffentlichen Rechts und gilt auch für die Kantone; vgl. BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201. Vgl. auch JAAG, S. 38; BIAGGINI, Art. 178 Rz. 26; KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 60 f.

⁶² RÜTSCHKE, S. 159.

⁶³ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 60.

sig sein (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV). Das Erfordernis des *öffentlichen Interesses* setzt einer Auslagerung indessen kaum Schranken. Als öffentliche Interessen genügen Effektivitätssteigerungen, Kosteneinsparungen oder die Flexibilisierung bei der Aufgabenerfüllung; ob und inwieweit solche Interessen vorliegen, ist mehr eine politische als eine rechtliche Frage und obliegt primär der Einschätzung des Gesetzgebers⁶⁴. Aus dem *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* folgt, dass die verwaltungsexterne Institution besser geeignet sein muss als die Staatsverwaltung, die öffentliche Aufgabe wirtschaftlich und in guter Qualität zu erfüllen; zudem darf die Auslagerung die Rechtspositionen der von der Aufgabenerfüllung betroffenen Personen nicht unzumutbar beeinträchtigen⁶⁵.

- 36 Mit den Rechtspositionen, die im Zusammenhang mit Auslagerungen gewahrt werden müssen, sind in erster Linie die *Grundrechte von privaten Drittbetroffenen* angesprochen. Zwar bestimmt Art. 35 Abs. 2 BV, dass jeder Träger staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden und verpflichtet ist, zu deren Verwirklichung beizutragen. Durch eine Auslagerung von Staatsaufgaben überträgt sich somit die Grundrechtsbindung bei der Aufgabenerfüllung an den verwaltungsexternen Aufgabenträger. Allerdings kann es infolge einer Aufgabenübertragung zu einer *faktischen* Gefährdung von Grundrechten kommen, etwa weil den Aufgabenträgern die notwendigen Ressourcen zur Einhaltung der grundrechtlichen Standards fehlen, gegen Grundrechtsverletzungen kein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist, Aufgabenträger im Fall von widerrechtlichen Schädigungen nicht zur Rechenschaft gezogen werden oder die Aufsicht über die Aufgabenträger ungenügend ausgestaltet ist. Der Staat ist aufgrund seiner Bindung an die Grundrechte gehalten, Gefährdungen von Grundrechten Privater, die mit einer Aufgabenübertragung voraussichtlich einhergehen, durch geeignete institutionelle und organisatorische Massnahmen zu begegnen⁶⁶. Lassen sich solche Grundrechtsgefährdungen nicht hinreichend vermeiden, muss der Staat auf die Übertragung der Aufgabe verzichten und diese selber erfüllen⁶⁷.

⁶⁴ Vgl. JAAG, S. 42.

⁶⁵ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 64.

⁶⁶ KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 63. Vgl. auch UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 35 zu Art. 9 UNO-Pakt II vom 28. Oktober 2014, Rz. 8, wonach auch nach einer Auslagerung an Private die Vertragsstaaten für die Einhaltung und die Durchsetzung der in Art. 9 UNO-Pakt II verbrieften Garantien verantwortlich sind. Die Vertragsstaaten müssen sicherstellen, dass die Privaten ihre Macht nicht missbrauchen und einen wirksamen Schutz gegen bzw. die Entschädigung bei willkürlicher oder gesetzeswidriger Haft gewährleisten.

⁶⁷ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 80 ff., insbesondere 82.

- 37 Die Verantwortung für die *Gewährleistung des Grundrechtsschutzes* bei der Auslagerung von Staatsaufgaben obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber. Aber auch die Verwaltungsbehörden, die öffentliche Aufgaben mittels Leistungsaufträgen an Dritte übertragen, sind zur Gewährleistung eines hinreichenden Grundrechtsschutzes verpflichtet. Die Behörden haben mittels Gewährung von Abgeltungen oder auf andere Weise insbesondere dafür zu sorgen, dass die Beauftragten für die Erfüllung ihrer Aufgaben über ausreichende finanzielle Ressourcen verfügen. Leistungsaufträge sind nur an Institutionen zu vergeben, die über das für die Aufgabenerfüllung geeignete Personal und die notwendigen Infrastrukturen verfügen. Zur Steuerung der Aufgabenträger können behördliche Weisungs- und Kontrollbefugnisse sowie Melde- und Berichterstattungspflichten der Aufgabenträger vorgesehen werden. Der Rechtsschutz von betroffenen Drittpersonen ist so zu regeln, dass diese sich gegen allfällige Grundrechtsverletzungen effektiv wehren können. Ebenso ist für den Fall von Rechtsverletzungen sicherzustellen, dass die Aufgabenträger finanziell und allenfalls auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können⁶⁸.

4. Strafvollzug im Ausland nach geltendem Recht

4.1. Abgrenzung: Strafvollzug im Heimatstaat

- 38 Die Fragestellung des vorliegenden Gutachtens bezieht sich auf den Vollzug von Freiheitsstrafen im Ausland, soweit die in der Schweiz verurteilten Personen entweder Schweizer Staatsangehörige sind oder aber Ausländer, die nicht aus dem Staat herkommen, in dem die Freiheitsstrafe vollzogen wird. Es geht somit um den *Strafvollzug in einem Drittstaat*. Dieser ist vom Strafvollzug im Heimatstaat eines in der Schweiz verurteilten Ausländers abzugrenzen.
- 39 Der Strafvollzug im Heimatstaat ist im *Europäischen Übereinkommen vom 21. März 1983 über die Überstellung verurteilter Personen*, welches für die Schweiz am 1. Mai 1988 in Kraft getreten ist, umfassend geregelt. Ziel des Übereinkommens ist es, die soziale Wiedereingliederung ausländischer Strafgefangener zu fördern, indem ihnen die Gelegenheit gegeben wird, die gegen sie verhängte Sanktion in ihrer Heimat zu verbüssen⁶⁹. Eine der zentralen Voraussetzungen ist deshalb, dass die zu überstel-

⁶⁸ Vgl. JAAG, S. 47; KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 69 ff.

⁶⁹ Vgl. Präambel des Übereinkommens.

lende verurteilte Person Staatsangehörige des Vollstreckungsstaats ist. Die Überstellung der verurteilten Person in ihren Heimatstaat ist nach dem Überstellungsübereinkommen weiter nur zulässig, wenn diese oder ihr gesetzlicher Vertreter der Überstellung zugestimmt hat und sich der Urteils- und Vollstreckungsstaat diesbezüglich geeinigt haben (Art. 3 Abs. 1 lit. a, d und f). Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 8a IRSG weitere Abkommen über die Überstellung verurteilter Personen in den Heimatstaat abgeschlossen; es handelt sich dabei um bilaterale Abkommen mit vornehmlich ausereuropäischen Staaten.

- 40 Mit dem am 18. Dezember 1997 verabschiedeten und für die Schweiz am 1. Oktober 2004 in Kraft getretenen *Zusatzprotokoll* zum Europäischen Überstellungsübereinkommen wurden die Voraussetzungen für den Strafvollzug im Heimatstaat gelockert. Nach dem Zusatzprotokoll kann von der Zustimmung der verurteilten Person abgesehen werden, wenn diese während des Vollzugs in ihren Heimatstaat geflüchtet ist (Art. 2) oder wenn gegen sie ein Ausweisungs- oder Abschiebungsbefehl oder eine andere Massnahme vorliegt, aufgrund derer sie nach der Strafverbüssung aus dem Urteilsstaat ausgeschafft würde (Art. 3 Abs. 1). Nach wie vor vorausgesetzt ist die Überstellung in den Heimatstaat der verurteilten Person. Das Europäische Überstellungsübereinkommen ist somit auch nach Inkrafttreten des Zusatzprotokolls einzig auf die Auslagerung des Strafvollzugs in den Heimatstaat der verurteilten Person anwendbar. Als Grundlage für den Strafvollzug in einem Drittstaat kommt es somit nicht in Frage.

4.2. Strafvollzug in einem Drittstaat

- 41 Die Durchführung des Strafvollzugs in einem Drittstaat stellt – wie der Strafvollzug im Heimatstaat – eine Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an verwaltungsexterne Institutionen des öffentlichen oder privaten Rechts dar (Rz. 30). Zunächst stellt sich die Frage, ob die Verfassung eine solche Aufgabenübertragung nicht ausdrücklich ausschliesst. Ein Verbot der Auslagerung des Strafvollzugs ins Ausland könnte sich aus dem *Auslieferungsverbot* gemäss Art. 25 Abs. 1 BV ergeben. Nach dieser Grundrechtsgarantie dürfen Schweizerinnen und Schweizer nur mit ihrem Einverständnis an eine ausländische Behörde ausgeliefert werden (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 IRSG). Vorliegend steht allerdings nicht eine „Auslieferung“ im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BV, sondern eine sog. „Überstellung“ im Rahmen des Strafvollzugs zur Diskussion: Eine Auslieferung liegt dann vor, wenn Personen „einem anderen Staat wegen Handlungen, die er ahnden kann, zur Strafverfolgung oder zum Vollzug einer freiheitsbeschränkenden Sanktion übergeben werden, wenn dieser Staat um Auslieferung ersucht oder auf Ersuchen der Schweiz die Strafverfolgung oder die Vollstreckung des Straft-

scheides übernimmt“ (Art. 32 IRSG). Mit der Auslieferung einer Person setzt der ausländische Staat somit *seinen* Strafanspruch gegen diese Person durch⁷⁰. Demgegenüber würde die Schweiz den eigenen Strafanspruch verwirklichen, wenn sie eine Person, die in der Schweiz wegen einer hierzulande begangenen Straftat verurteilt worden ist, an eine ausländische – öffentliche oder private – Vollzugsanstalt für die Dauer des Strafvollzugs überstellt. Folglich handelte es sich nicht um eine Auslieferung. Der Strafvollzug im Ausland fällt damit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 25 Abs. 1 BV⁷¹.

- 42 Ein Strafvollzug an Schweizer Staatsangehörigen in einem Drittstaat ist demnach durch Art. 25 Abs. 1 BV nicht ausgeschlossen. Unabhängig davon bedarf eine Auslagerung von Strafvollzugsaufgaben ins Ausland einer hinreichend bestimmten *Grundlage in einem formellen Gesetz* (Rz. 34). Zusätzlich wäre ein Staatsvertrag erforderlich, da die Schweiz mit der Auslagerung von Strafvollzugsaufgaben in einen Drittstaat diesem Staat bzw. einem privaten Unternehmen im Hoheitsgebiet dieses Staates hoheitliche Aufgaben überträgt. Ein Staatsvertrag würde auch alleine als formell-gesetzliche Grundlage genügen, sofern er dem Referendum untersteht⁷². Als mögliche formell-gesetzliche Grundlagen sind nachfolgend Art. 379 und Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB zu prüfen. Diese beiden Bestimmungen erlauben unter gewissen Voraussetzungen die Übertragung von Strafvollzugsaufgaben an privat geführte Anstalten. In Betracht fallen könnte darüber hinaus die in Art. 100 IRSG verankerte Kompetenz, einen anderen Staat um Übernahme der Vollstreckung eines schweizerischen Strafentscheides zu ersuchen. Selbst wenn aber diese Bestimmungen eine Auslagerung des Strafvollzugs ins Ausland vorsehen, müsste wie gesagt zusätzlich ein Staatsvertrag abgeschlossen werden.

⁷⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 8. März 1976 zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen, BBl 1976 II 460: „Nach geltendem Recht bedeutet 'ausliefern' stets die Überantwortung des Verfolgten an den ersuchenden Staat zur Strafverfolgung oder -vollstreckung wegen Taten, die der (originären) Gerichtsbarkeit dieses Staates unterliegen.“ Vgl. auch Art. 1 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens, welches die Vertragsparteien zur Auslieferung von Personen verpflichtet, „die von den Justizbehörden des ersuchenden Staates wegen einer strafbaren Handlung verfolgt oder zur Vollstreckung einer Strafe oder einer sichernden Massnahme gesucht werden“.

⁷¹ Ebenso in Bezug auf die Überstellung verurteilter Personen zur Strafvollstreckung an den Heimat- oder Wohnsitzstaat BREITENMOSE, St. Galler Kommentar zu Art. 25 BV, Rz. 12.

⁷² Vgl. BIAGGINI, Art. 36 BV Rz. 13; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 5.

- 43 Nach Art. 379 StGB können die Kantone privat geführten Anstalten die Bewilligung erteilen, Strafen in der Form der *Halbgefangenschaft* und des *Arbeitsexternats* zu vollziehen (Art. 379 Abs. 1 StGB). Die privaten Anstalten unterstehen der Aufsicht der Kantone (Art. 379 Abs. 2 StGB). Gemäss ihrem Wortlaut ist diese Vorschrift auf den Vollzug der Freiheitsstrafen in der Form der Halbgefangenschaft (Art. 77b StGB) und des Arbeitsexternats (Art. 77a Abs. 1 und 2 StGB) beschränkt. Die Halbgefangenschaft kann nur bei kürzeren Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr angeordnet werden. Sie ermöglicht dem Strafgefangenen, seinen bisherigen Arbeits- oder Ausbildungsplatz zu behalten und die entsprechende Zeit ausserhalb des Anstaltsgeländes zu verbringen. Das Arbeitsexternat ist eine Vollzugsstufe bei längeren Freiheitsstrafen. Vorausgesetzt, der Strafgefangene hat mindestens die Hälfte der Freiheitsstrafe verbüsst und eine angemessene Zeit im offenen Strafvollzug verbracht, darf er im Arbeitsexternat einer Arbeit ausserhalb der Strafanstalt nachgehen. Beiden Vollzugsformen ist gemeinsam, dass der Strafgefangene, bei dem weder Flucht- noch Wiederholungsgefahr bestehen dürfen, tagsüber die Anstalt verlässt, um zu arbeiten oder einer Ausbildung nachzugehen, die Ruhe- und Freizeit aber jeweils in der Anstalt verbringt⁷³. Beide Vollzugsformen stehen im Dienst der Resozialisierung des Straftäters (Rz. 15): Die Halbgefangenschaft soll dem Risiko der Desintegration aus der Arbeitswelt vorbeugen, indem sie dem Strafgefangenen ermöglicht, seine Ausbildung oder Arbeit während des Strafvollzugs fortzuführen. Das Arbeitsexternat hat demgegenüber zum Ziel, dem Strafgefangenen nach einer längeren Zeit im Strafvollzug die Möglichkeit zu geben, sich wieder an das Leben ausserhalb der Strafanstalt zu gewöhnen und in die Arbeitswelt zu integrieren.
- 44 Eine Auslagerung des Strafvollzugs in ausländische Strafanstalten käme gestützt auf Art. 379 StGB somit höchstens für die Durchführung der Halbgefangenschaft und des Arbeitsexternats, nicht aber der übrigen Vollzugsformen, in Frage. Zudem wäre aufgrund des Wortlauts von Art. 379 StGB nur eine Auslagerung an „privat geführte Anstalten“ im Ausland, nicht aber an öffentliche Institutionen zulässig. Abgesehen davon stellt Art. 379 StGB die beauftragten Anstalten unter die Aufsicht der Kantone. Eine solche Aufsicht ist nicht möglich gegenüber ausländischen Strafanstalten, die der Souveränität des Staates unterstehen, auf dessen Gebiet sie sich befinden. Eine Aufsicht über ausländische Strafanstalten würde einen entsprechenden Staatsvertrag erfordern, der den Kantonen extraterritoriale Hoheitsrechte einräumt. Hinzu kommen faktische Erschwernisse: Die Weiterführung der Arbeit oder Ausbildung in der Halbge-

⁷³ Botschaft 1998, S. 135 f.

fangenschaft bzw. die Aufnahme einer regulären Arbeitstätigkeit im Arbeitsexternat würde aufgrund der räumlichen Distanz sowie sprachlicher und kultureller Differenzen in aller Regel stark erschwert oder gar verunmöglicht. In Anbetracht dieser erheblichen *rechtlichen und faktischen Schwierigkeiten* hätte der Gesetzgeber die Auslagerung ins Ausland als besondere Kategorie der Privatisierung des Strafvollzugs in der Form der Halbgefangenschaft oder des Arbeitsexternats in Art. 379 StGB explizit erwähnen oder zumindest in den Materialien diskutieren müssen. Da dies nicht der Fall ist⁷⁴, muss davon ausgegangen werden, dass Art. 379 StGB als gesetzliche Grundlage für eine Übertragung von Vollzugsaufgaben an ausländische Anstalten *ausser Betracht fällt*.

- 45 Als weitere mögliche formell-gesetzliche Grundlage ist Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB zu prüfen. Demnach kann der Bundesrat von sich aus oder auf Gesuch der Kantone hin⁷⁵ „versuchsweise und für beschränkte Zeit“ einführen oder gestatten, dass der *Vollzug von Freiheitsstrafen an privat geführte Anstalten übertragen* wird. Die privaten Anstalten haben gemäss Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB den gesetzlichen Strafvollzugsgrundsätzen gemäss Art. 74–85 sowie Art. 91 und 92 StGB zu genügen und unterstehen der Aufsicht der Kantone. Die Kantone müssen für den privat geführten Strafvollzug Ausführungsbestimmungen erlassen, die zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes bedürfen (Art. 387 Abs. 5 StGB). Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB ermächtigt somit den Bundesrat ausdrücklich dazu, die Auslagerung des Strafvollzugs auf verwaltungsexterne Private vorzusehen. Eine Privatisierung des Strafvollzugs gestützt auf diese Bestimmung darf jedoch nur für beschränkte Zeit im Rahmen von Versuchen erfolgen.
- 46 Die in Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB verankerte Ermächtigung zur Privatisierung des Strafvollzugs ist – im Unterschied zu Art. 379 StGB – einerseits nicht auf bestimmte Vollzugsformen beschränkt, andererseits auf vorübergehende Aufgabenübertragungen zu Versuchszwecken beschränkt. Ansonsten gilt aber das zu Art. 379 StGB Gesagte: Zunächst lässt die Bestimmung nach ihrem Wortlaut einzig eine Auslagerung von Vollzugsaufgaben an „privat geführte Anstalten“ zu, so dass eine Auslagerung an öffentliche Anstalten im Ausland schon deshalb nicht in Frage kommt. Sodann verlangt der Gesetzgeber wiederum, dass die beauftragten Anstalten der Aufsicht durch

⁷⁴ In der Botschaft 1998, S. 196 f. wird lediglich die Übertragung von Strafvollzugsaufgaben an private Unternehmen thematisiert (und dabei auf entsprechende Erfahrungen im Ausland verwiesen), nicht aber eine Übertragung von Vollzugsaufgaben ins Ausland. Im Parlament gab es keine Diskussion, vgl. AB 1999 S 1137, AB 2001 N 605.

⁷⁵ Botschaft 1998, S. 204.

die Kantone unterstehen, was im Fall von ausländischen Institutionen ohne Übertragung von Hoheitsrechten mittels Staatsvertrag nicht möglich wäre. Schliesslich ist eine Übertragung von Strafvollzugsaufgaben an ausländische Anstalten zumindest prima vista mit der Gefahr verbunden, dass die Strafvollzugsgrundsätze nach Art. 74 ff. StGB, namentlich das Ziel der Resozialisierung und die Grundsätze der Normalisierung und der Betreuung (Art. 75 StGB), nicht eingehalten werden könnten. Der Gesetzgeber hätte solche Schwierigkeiten und Gefahren thematisieren müssen, wenn er eine Auslagerung des Strafvollzugs ins Ausland hätte ins Auge fassen wollen. In den Materialien finden sich indessen keine entsprechenden Passagen⁷⁶. Das bedeutet, dass auch Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB *nicht als gesetzliche Grundlage* für einen Strafvollzug im Ausland herangezogen werden kann.

- 47 Schliesslich sieht Art. 100 IRSG vor, dass die zuständigen Schweizer Behörden einen anderen Staat um *Übernahme der Vollstreckung* eines schweizerischen Strafent Scheides ersuchen können. Vorausgesetzt ist namentlich, dass die Übertragung der Vollstreckung ins Ausland eine bessere soziale Wiedereingliederung des Verurteilten erwarten lässt oder die Schweiz seine Auslieferung nicht erwirken kann (Art. 100 lit. b IRSG). Zudem muss der Verurteilte zustimmen, und es muss zu erwarten sein, dass der ersuchte Staat die vom zuständigen Bundesamt festgelegten Bedingungen beachtet (Art. 101 Abs. 1 IRSG). Vorbehalten bleiben internationale Vereinbarungen, die eine Zuführung des Verurteilten ohne seine Zustimmung erlauben (Art. 101 Abs. 2 IRSG). Angesprochen ist damit das Zusatzprotokoll zum Europäischen Überstellungsübereinkommen, das unter bestimmten Voraussetzungen eine Überstellung verurteilter Personen zum Strafvollzug im Heimatstaat zulässt, ohne dass deren Zustimmung erforderlich wäre (Rz. 40). Die Überstellung einer Person, die in der Schweiz strafrechtlich verurteilt worden ist, in einen *Drittstaat* zum Zwecke des Strafvollzugs ist nach Massgabe von Art. 100 und 101 IRSG demzufolge nur zulässig, wenn damit das Resozialisierungsziel besser erreicht werden kann und die betroffene Person zustimmt. Die Voraussetzung einer besseren Resozialisierung wird bei einem Strafvollzug in einem Drittstaat in aller Regel nicht erfüllt sein (vgl. Rz. 56). Damit kann Art. 100 IRSG nicht als allgemeine gesetzliche Grundlage für einen Strafvollzug in Drittstaaten dienen.
- 48 Im geltenden Recht existiert nach dem Gesagten keine hinreichende gesetzliche Grundlage, um Strafvollzugsaufgaben an öffentliche oder private Anstalten in Drittstaaten zu übertragen. Abgesehen davon fehlt es an einem für die Auslagerung von

⁷⁶ Vgl. Botschaft 1998, S. 204; AB 1999 S 1137, AB 2001 N 606 f.

Strafvollzugsaufgaben in Drittstaaten notwendigen Staatsvertrag. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Auslagerung des Strafvollzugs in einen Drittstaat *de lege lata unzulässig* ist.

5. Schaffung neuer Rechtsgrundlagen

5.1. Gesetz und Staatsvertrag

- 49 Eine Übertragung von Strafvollzugsaufgaben in einen Drittstaat setzt wie erwähnt eine hinreichend bestimmte formell-gesetzliche Grundlage voraus. Diese kann auch in einem referendumpflichtigen Staatsvertrag bestehen (Rz. 41). Denkbar sind verschiedene Varianten: Der *Bundesgesetzgeber* könnte gestützt auf seine Zuständigkeit im Bereich des Strafvollzugs gemäss Art. 123 Abs. 3 BV den Bundesrat dazu ermächtigen, zwecks Übertragung von Strafvollzugsaufgaben in Drittstaaten Staatsverträge abzuschliessen (vgl. Art. 7a Abs. 1 RVOG). Oder der *Bundesrat* schliesst ohne gesetzliche Ermächtigung entsprechende Staatsverträge ab, welche in diesem Fall der Genehmigung durch die *Bundesversammlung* bedürfen (Art. 166 Abs. 2 BV) und dem *fakultativen Referendum* unterstehen, da die Auslagerung von Staatsaufgaben eine wichtige rechtsetzende Bestimmung darstellt (Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 i.V.m. Art. 178 Abs. 3 BV). Die Kompetenz des Bundes zum Erlass solcher Staatsverträge ergibt sich ohne Weiteres aus Art. 54 Abs. 1 BV. Die Kantone wären nach Massgabe von Art. 55 Abs. 1 BV in die Entscheidungsfindung einzubeziehen.
- 50 Fraglich ist, ob auch die *Kantone* zu einem Abschluss von Staatsverträgen über den Strafvollzug im Ausland befugt wären. Art. 56 Abs. 1 BV ermächtigt die Kantone dazu, in ihren Zuständigkeitsbereichen mit dem Ausland Verträge abzuschliessen, wobei diese Verträge dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen dürfen (Art. 56 Abs. 2 BV). Im Bereich des Strafvollzugs hat der Bund seine Rechtsetzungskompetenz nach Art. 123 Abs. 3 BV nicht vollständig ausgeübt und keine abschliessende Regelung getroffen (Rz. 10). Die Kantone bleiben somit im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben für die Regelung des Strafvollzugs zuständig.
- 51 Für die vorliegende Frage der Auslagerung von Strafvollzugsaufgaben ist indessen von einer *abschliessenden Bundesregelung* auszugehen: Der Bundesgesetzgeber definiert in Art. 377–380 StGB die Kompetenzen der Kantone hinsichtlich der Errichtung und des Betriebs von Strafanstalten. So ermächtigt er in Art. 378 Abs. 1 StGB die Kantone, über die gemeinsame Errichtung und den gemeinsamen Betrieb von

Anstalten Vereinbarungen zu treffen, was die Kantone mit dem Abschluss der drei regionalen Strafvollzugskonkordate getan haben. Sodann erlaubt der Bund den Kantonen in Art. 379 Abs. 1 StGB, die Privatisierung des Strafvollzugs in Form der Halbfangenschaft und des Arbeitsexternats zu bewilligen. Eine Auslagerung von Strafvollzugsaufgaben ins Ausland ist mindestens von gleich grosser Tragweite wie eine auf bestimmte Vollzugsformen beschränkte Privatisierung nach Art. 379 Abs. 1 StGB. Entsprechend bedürfte es auch für eine Auslagerung ins Ausland einer Ermächtigung durch den Bund. Dies wird dadurch bestätigt, dass es Art. 387 Abs. 4 lit. b StGB dem Bundesrat vorbehält, Privatisierungen des Strafvollzugs versuchsweise zu gestatten. Eine Übertragung von Vollzugsaufgaben an ausländische Anstalten wäre von weiterreichender Bedeutung und daher umso eher vom Bund zu genehmigen. Das bedeutet, dass die Kantone nur mit Ermächtigung des Bundes befugt wären, ausländische Anstalten mit Strafvollzugsaufgaben zu betrauen. Da es an einer solchen Ermächtigung fehlt, sind die Kantone nicht kompetent, entsprechende Staatsverträge abzuschliessen.

5.2. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

- 52 Eine Auslagerung des Strafvollzugs in Drittstaaten müsste auf einem hinreichenden öffentlichen Interesse beruhen und verhältnismässig sein (Rz. 35). Als *öffentliches Interesse* kommt neben Effizienz- und Effektivitätsgewinnen sowie fiskalischen Motiven auch eine flexiblere Aufgabenerfüllung namentlich bei Überbelegung der einheimischen Vollzugsanstalten in Frage⁷⁷.
- 53 Der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* verlangt, dass die Übertragung von Strafvollzugsaufgaben ins Ausland geeignet und notwendig ist, die staatliche Aufgabe des Strafvollzugs zu erfüllen. Geeignet ist eine Auslagerung ins Ausland dann, wenn die beauftragte ausländische Strafanstalt die Aufgabe des Strafvollzugs ebenso gut erfüllen kann wie schweizerische Strafanstalten. Die Notwendigkeit einer Auslagerung ist dann zu bejahen, wenn der Staat selber nicht in der Lage ist, die Aufgabe wahrzunehmen, oder diese nicht mit derselben Effizienz und Qualität erfüllen kann. Dabei können auch vorübergehende Schwierigkeiten in der Aufgabenerfüllung, etwa aufgrund einer Überbelegung von Gefängnissen, eine Auslagerung erforderlich machen. Auf jeden Fall muss aber die Auslagerung von Strafvollzugsaufgaben für die betroffenen Strafgefangenen zumutbar sein. Die Auslagerung darf demzufolge nicht zu zu-

⁷⁷ BSK StGB II-IMPERATORI, vor Art. 379 StGB Rz. 7. Vgl. auch BAECHTOLD, S. 71.

sätzlichen, für die Gefangenen nicht zumutbaren Beeinträchtigungen oder Gefährdungen von Grundrechten führen. Ob diese Bedingung eingehalten ist, gilt es im Folgenden zu prüfen.

5.3. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes

- 54 Aus der in Art. 35 Abs. 2 BV explizit festgehaltenen *Grundrechtsbindung* staatlicher Aufgabenträger ergibt sich, dass die Schweiz auch bei einer Auslagerung des Strafvollzugs ins Ausland für den Schutz der Grundrechte der Strafgefangenen verantwortlich bliebe (Rz. 36)⁷⁸. Diese Pflicht zur Gewährleistung des Grundrechtsschutzes besteht unabhängig vom Entwicklungsstand und Rechtsstaatsniveau des Staates, in den der Strafvollzug ausgelagert wird.
- 55 Eine Auslagerung des Strafvollzugs ins Ausland wäre unabhängig von der Qualität der beauftragten Vollzugsanstalten allein aufgrund der *räumlichen Distanz* zum herkömmlichen sozialen Umfeld der Gefangenen mit der Gefahr von Grundrechtsbeeinträchtigungen verbunden⁷⁹. Gefährdet wäre vor allem das Recht der Strafgefangenen auf Kommunikation mit der Aussenwelt: Die Kommunikation in Form von brieflichen und telefonischen Kontakten oder Zugang zu Büchern, Zeitungen oder Radio- und Fernsehprogrammen eigener Wahl wäre zwar auch in einer ausländischen Strafanstalt grundsätzlich in gleichem Masse wie in der Schweiz möglich. Demgegenüber würde der Anspruch der Gefangenen, in der Strafanstalt regelmässig Besuch von Angehörigen und anderen Bezugspersonen zu empfangen sowie mit Personen ausserhalb der Anstalt persönlichen Kontakt zu pflegen, faktisch eingeschränkt. Dies nicht nur aufgrund der räumlichen Entfernung der Anstalt zur Schweiz und der damit einhergehenden längeren Reisezeiten und höheren Reisekosten, sondern auch wegen allfälliger Einreise- oder Visavorschriften des Vollzugsstaates. Umgekehrt wäre aufgrund der räumlichen Distanz auch der Anspruch auf angemessenen Urlaub tangiert; dieser Anspruch hat gerade zum Zweck, den Gefangenen die Pflege der Beziehungen zur Aussenwelt zu ermöglichen und ihn auf die Entlassung vorzubereiten (Art. 84 Abs. 6 StGB)⁸⁰.

⁷⁸ In Bezug auf die Privatisierung des Straf- und Massnahmenvollzugs BSK StGB II-IMPERATORI, vor Art. 372 StGB Rz. 9.

⁷⁹ Vgl. Ziff. 17.1 der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, wonach Gefangene soweit wie möglich in Justizvollzugsanstalten in der Nähe ihrer Wohnung oder des Ortes ihrer sozialen Wiedereingliederung einzuweisen sind.

⁸⁰ BAECHTOLD, S. 165.

- 56 Grundrechtsgefährdungen infolge eines Strafvollzugs in Drittstaaten wären sodann wegen *sprachlicher und kultureller Differenzen* zwischen den aus der Schweiz stammenden Gefangenen und dem ausländischen Vollzugspersonal sowie den Mitgefangenen zu befürchten. So könnte infolge von Sprachschwierigkeiten die für die Resozialisierung wesentliche anstaltsinterne Beratung und Betreuung der Strafgefangenen erheblich behindert werden (Art. 75 Abs. 1 StGB). Dies betrifft in erhöhtem Mass die psychologische und psychiatrische Betreuung sowie den Anspruch, einen Seelsorger des eigenen Vertrauens beizuziehen. Auch fragt sich, ob den Strafgefangenen aus der Schweiz eine angemessene Arbeit zugeteilt (Art. 81 Abs. 1 StGB) bzw. eine geeignete Aus- und Weiterbildung ermöglicht werden könnte (Art. 82 StGB). Die sprachlichen und kulturellen Differenzen würden sich aber wahrscheinlich nicht nur innerhalb der Strafanstalt auswirken, sondern auch die sich im Rahmen von Urlauben allenfalls ergebenden Kontakte zur lokalen Bevölkerung erschweren und so zu einer zusätzlichen Isolation der Strafgefangenen führen. Insgesamt ist nicht auszuschliessen, dass die Auslagerung ins Ausland die schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs verstärken und die angestrebte Resozialisierung verhindern oder zumindest erschweren würde.
- 57 Eine Auslagerung des Strafvollzugs ins Ausland würde weiter die *Rechtsschutzmöglichkeiten* der Strafgefangenen aller Voraussicht nach erheblich schmälern. Zunächst wäre durch die räumliche Distanz der Kontakt der Strafgefangenen zu ihrem Schweizer Rechtsbeistand erschwert. Die Mandatierung eines ausländischen Anwalts könnte mit sprachlichen Schwierigkeiten verbunden sein, abgesehen davon, dass der ausländische Staat unter Umständen kein Recht auf unentgeltliche Verbeiständung gewährt. Ebenso könnte aus sprachlichen Gründen das Recht auf Information über die eigenen Rechte und die Geltendmachung dieser Rechte vor ausländischen Instanzen beeinträchtigt sein. Geht man davon aus, dass die Strafanstalt und das lokale Vollzugspersonal dem Recht des ausländischen Staates unterworfen bleiben, die Freiheitsstrafe jedoch nach Schweizer Recht vollzogen würde, wären bei Rechtsstreitigkeiten je nach Fallkonstellation Kompetenzkonflikte mit den Behörden des ausländischen Staates absehbar. Soweit Schweizer Behörden und Gerichte für die Beurteilung von Beschwerden gegen Akte der ausländischen Vollzugsanstalt zuständig wären, würde sich die Frage stellen, wie das Verfahren unter Wahrung der Verfahrensgrundrechte praktisch durchzuführen wäre und wie sich die Entscheide durchsetzen liessen. Insgesamt wäre zu befürchten, dass bei einem Strafvollzug in einem Drittstaat die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV sowie die Verfahrensgrundrechte faktisch nicht eingehalten werden könnten.

- 58 Entsprechende Überlegungen gelten hinsichtlich der staatlichen *Aufsicht* über den im Ausland durchgeführten Strafvollzug. Soweit die Strafanstalt und das lokale Vollzugspersonal dem Recht des ausländischen Staates unterworfen bleiben, wäre es Schweizer Behörden verwehrt, bei konkreten Anhaltspunkten für disziplinarische Verstösse ein Aufsichtsverfahren einzuleiten und gegebenenfalls Sanktionen zu verhängen. Abgesehen davon wäre die Überwachung der Vollzugsanstalt mittels Inspektionen und anderen Instrumenten selbst bei entsprechender Ermächtigung durch den ausländischen Staat aus Gründen der räumlichen Instanz sowie allfälliger sprachlicher Differenzen tatsächlich erschwert. Allerdings ist eine Aufsicht über die Beziehungen zwischen ausländischen Vollzugsanstalten und Gefangenen aus der Schweiz durch Schweizer Behörden insoweit nicht erforderlich, als der ausländische Staat diese Beziehungen wirksam beaufsichtigt. Die Schweizer Behörden hätten aber im Sinne einer *Oberaufsicht* sicherzustellen, dass die zuständigen ausländischen Behörden ihre Aufsichtsaufgaben effektiv wahrnehmen.
- 59 Eine Auslagerung des Strafvollzugs in Länder, in denen eine schweizerische Amtssprache gilt und ein ähnlicher Entwicklungsstand herrscht wie in der Schweiz, namentlich eine Auslagerung ins *grenznahe Ausland*, könnte die erwähnten Befürchtungen einer Beeinträchtigung von Grundrechten teilweise entkräften. Dies insbesondere, was die allgemeinen Lebensverhältnisse der Strafgefangenen sowie ihre anstaltsinterne Betreuung und Beratung betrifft. Bei geringer Distanz zum sozialen Lebensmittelpunkt des Gefangenen wären auch die Beziehungen zur Aussenwelt, namentlich der Kontakt zu Angehörigen und anderen Bezugspersonen sowie das Recht auf angemessenen Urlaub, gewahrt. Die durch die Souveränität des fremden Staates bedingten Schwierigkeiten beim Rechtsschutz und der Aufsicht blieben jedoch im Wesentlichen bestehen.
- 60 Die erwähnten grundrechtlichen Vorbehalte gelten besonders für Strafgefangene, die in der Schweiz integriert sind und ihr Leben nach dem Freiheitsentzug voraussichtlich in der Schweiz verbringen werden. Bei in der Schweiz verurteilten Ausländern, gegen die ein *rechtskräftiger Ausweisungs- bzw. Wegweisungsentscheid* vorliegt, sind die grundrechtlichen Bedenken gegenüber einem Strafvollzug in einem Drittstaat nicht in gleichem Masse angezeigt, da bei diesen Strafgefangenen das Ziel der Wiedereingliederung in die schweizerische Gesellschaft im Anschluss an den Strafvollzug wegfällt. Geringer sind die Bedenken ebenso bei verurteilten Personen, die keinen Bezug zur Schweiz aufweisen, wie namentlich Kriminaltouristen. Auch in Bezug auf diese Kategorien von Strafgefangenen ist die Schweiz jedoch verpflichtet, die Grundrechte in vollem Umfang zu wahren sowie einen wirksamen Rechtsschutz und eine hinreichende Aufsicht des Strafvollzugs zu gewährleisten.

- 61 Das Gesagte führt zum Schluss, dass der Strafvollzug in Drittstaaten in aller Regel mit *erheblichen Gefährdungen der Grundrechte* der Strafgefangenen verbunden wäre. Ein Strafvollzug in Drittstaaten wäre daher mit den in der Bundesverfassung und internationalen Menschenrechtsverträgen, namentlich der EMRK, verankerten Grundrechten von Gefangenen nicht vereinbar. Der Einwand *mangelnder Vollzugskapazitäten* in der Schweiz wäre nicht geeignet, Grundrechtsbeeinträchtigungen von Gefangenen zu rechtfertigen⁸¹. Eine allfällige *Zustimmung* verurteilter Personen zu einem Strafvollzug in einen Drittstaat könnte die fehlende Grundrechtskonformität höchstens dann kompensieren, wenn sie nach hinreichender Aufklärung über die damit verbundenen Beeinträchtigungen frei erfolgen würde. Die Freiwilligkeit einer Zustimmung wird immer dann zu verneinen sein, wenn sie dadurch erwirkt wird, dass dem Strafgefangenen für den Fall einer Verweigerung Nachteile in Aussicht gestellt werden, namentlich ein erheblicher Aufschub des Strafantritts. Vor diesem Hintergrund ist realistischlicherweise nicht damit zu rechnen, dass verurteilte Personen einem Strafvollzug im Ausland frei zustimmen werden. Damit ist es den zuständigen rechtsetzenden Instanzen nicht möglich, für einen Strafvollzug in Drittstaaten eine zugleich grundrechtskonforme und wirksame Rechtsgrundlage zu schaffen.
- 62 Vorbehalten bleiben *Sonderfälle*, in denen der Strafvollzug in einem Drittstaat ausnahmsweise eine bessere soziale Wiedereingliederung verspricht, weil die verurteilte Person in diesem Drittstaat über stärkere soziale Bindungen verfügt, die entsprechende Landessprache beherrscht und im Übrigen der Strafvollzugsstandard den grundrechtlichen Mindestanforderungen entspricht. Die Chance auf eine bessere Resozialisierung muss sowohl objektiv als auch subjektiv – aus der Sicht der verurteilten Person – zu bejahen sein, weshalb diese dem Strafvollzug im Drittstaat frei zustimmen muss. Unter diesen Voraussetzungen erscheint ein Strafvollzug im Drittstaat als grundrechtskonform. Als Rechtsgrundlage könnten Art. 100 ff. IRSG herangezogen werden, welche eine bessere soziale Wiedereingliederung des Verurteilten sowie dessen Zustimmung verlangen (Rz. 47). Zusätzlich bedürfte es eines entsprechenden Staatsvertrags, welcher – solange der Bundesgesetzgeber den Bundesrat nicht zum selbständigen Vertragsabschluss ermächtigt⁸² – von Bundesversammlung zu geneh-

⁸¹ Vgl. BGE 122 II 299 E. 3c S. 304 sowie E. 5a S. 307 f.; BGE 123 I 221 II.1.c/cc S. 234; Ziff. 4 Europäische Strafvollzugsgrundsätze: „Mittelknappheit kann keine Rechtfertigung sein für Vollzugsbedingungen, die gegen die Menschenrechte von Gefangenen verstossen.“

⁸² Die Ermächtigung in Art. 8a IRSG bezieht sich nur auf den Vollzug von Abkommen betreffend Überstellung in den Heimatstaat (vgl. Rz. 39).

Bernhard Rütsche
Strafvollzug im Ausland

migen und dem Referendum zu unterstellen wäre (vgl. Rz. 49). Der Staatsvertrag hätte insbesondere die Frage der Abgeltung, den Gefangenentransport, das anwendbare Vollstreckungs- und Vollzugsrecht sowie den Rechtsschutz, die Aufsicht und die Verantwortlichkeiten im Fall von Rechtsverletzungen zu regeln. Dabei stünde es den Vertragsparteien frei, im Perimeter der ausländischen Strafvollzugsanstalt in Bezug auf Strafgefangene aus der Schweiz das schweizerische Recht für anwendbar zu erklären⁸³.

⁸³ Vgl. die Vereinbarung zwischen Norwegen und den Niederlanden vom 2. März 2015 betreffend die Überstellung norwegischer Strafgefangener in das niederländische Strafvollzugszentrum in Veenhuizen; vgl. <http://www.government.nl/news/2015/03/02/norwegian-prisoners-to-the-netherlands-in-september.html>.

Bernhard Rütsche
Strafvollzug im Ausland

6. Ergebnisse

63 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt das vorliegende Gutachten zu folgenden Ergebnissen:

- Im geltenden Recht *fehlt es an den notwendigen Rechtsgrundlagen* für eine Auslagerung des Vollzugs von in der Schweiz ausgesprochenen Freiheitsstrafen in Drittstaaten. Dies unabhängig davon, ob es sich um Schweizer Bürger/innen oder Ausländer/innen handelt. Ein Strafvollzug in Drittstaaten ist damit nach geltendem Recht unzulässig.
- Eine Übertragung von Strafvollzugsaufgaben in einen Drittstaat setzt in jedem Fall eine hinreichend bestimmte *formell-gesetzliche Grundlage* voraus. Diese kann auch in einem referendumpflichtigen Staatsvertrag bestehen. Die *Kantone sind nicht befugt*, in eigener Kompetenz ausländische Anstalten mit Strafvollzugsaufgaben zu betrauen.
- Ein Strafvollzug in Drittstaaten ist grundsätzlich mit den von der Bundesverfassung und internationalen Menschenrechtsverträgen garantierten Grundrechten von Strafgefangenen *nicht vereinbar*. Der Gesetzgeber ist somit nicht befugt, den Strafvollzug in Drittstaaten durch Schaffung entsprechender Rechtsgrundlagen einzuführen. *Vorbehalten* bleiben Fälle, in denen der Strafvollzug in einem Drittstaat ausnahmsweise eine bessere Resozialisierung verspricht und damit im Interesse der verurteilten Person liegt; die verurteilte Person muss diesfalls dem Strafvollzug im Drittstaat zustimmen. Für solche Fälle bedürfte es eines dem Referendum unterstellten Staatsvertrags.



Prof. Dr. Bernhard Rütsche
o. Professor für Öffentliches Recht und
Rechtsphilosophie

Erlass- und Materialienverzeichnis

BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110).
Botschaft 1998	vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, Separatausgabe.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).
CAT	Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105), in Kraft getreten für die Schweiz am 26. Juni 1987.
CPT	Europäisches Übereinkommen vom 26. November 1987 zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (SR 0.106), in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Februar 1989.
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101), in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974.
Europäisches Auslieferungsübereinkommen	Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957 (SR 0.353.1), in Kraft getreten für die Schweiz am 20. März 1967.
IRSG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz; SR 351.1).
LSMG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1984 über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (SR 341).
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010).
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

Bernhard Rütsche
Strafvollzug im Ausland

Überstellungsübereinkommen	Europäisches Übereinkommen vom 23. März 1983 über die Überstellung verurteilter Personen, SR 0.343, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Mai 1988.
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2), in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992.
Zusatzprotokoll zum Überstellungsübereinkommen	Zusatzprotokoll vom 18. Dezember 1997 zum Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen (SR 0.343.1), in Kraft getreten für die Schweiz am 19. Dezember 2003.

Bernhard Rütsche
Strafvollzug im Ausland

Literaturverzeichnis

- BAECHTOLD ANDREA, Strafvollzug, 2. Auflage, Bern 2009.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007.
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrechts, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010.
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2013.
- HOBBS THOMAS, Leviathan, Stuttgart 2003, Übersetzung von «Leviathan» von 1651.
- JAAG TOBIAS (Hrsg.) Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000.
- KÄLIN WALTER/LIENHARD ANDREAS/WYTENBACH JUDITH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007.
- KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012.
- LOCKE JOHN, Über die Regierung, Stuttgart 1983 (Übersetzung von «The Second Treatise of Government» von 1689).
- MADER LUZIOUS, 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 (Hrsg.), Basler Kom-mentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, 1. Auflage, Basel 2010.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zu Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz, Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zu Art. 111–392 StGB, Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 4/2013 153.

Bernhard Rütsche
Strafvollzug im Ausland

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

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 soulevée¹.
- 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).

¹ 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-Imperator, ad art. 372 CP, no 20 ss.; BSK StGB-Brägger, art. 439 no 1 ss.

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 gouvernement². 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 intérieure³ et de protéger⁴ les droits fondamentaux de l'homme⁵. 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 est les 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 citoyennes⁶. En exer-

² 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.

³ 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.).

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

⁵ 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.).

⁶ 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-

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*⁷. 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 hommes⁸. 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'infractions⁹. 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 prononcées¹⁰. 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'État¹¹. Si l'État

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

⁷ Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 16

⁸ Stratenwerth, PG I, § 2 N 10.

⁹ Stratenwerth, PG I, § 2 N 15 ss.

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

¹¹ Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 21

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 sanctions¹².

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)¹³. 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 principe¹⁴ et elles doivent être concrétisées et complétées par le droit cantonal d'application¹⁵. 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

¹² 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.

¹³ Biaggini, art. 123 Cst. N 6; BSK StGB II-Imperator, avant art. 372 CP N 7.

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

¹⁵ Message 1998, p. 131

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 peines¹⁶. 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)¹⁷. 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*¹⁸. 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 toutes les sanctions de nature pénale¹⁹. 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 compétences²⁰.
- 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

¹⁶ BSK StGB II-Imperator, art. 372 CP N 41.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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 octobre 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.

¹⁹ Cf. BSK StGB II-Imperator, art. 378 N 4 ss.

²⁰ Baechtold, p. 62 ss.

des peines sont actuellement aménagées de manière très *différente*²¹. Les différences se manifestent spécialement dans l'organisation des organes d'exécution²², mais également dans la surveillance de l'exécution des peines et des mesures ainsi que, du fait de la compétence cantonale en matière procédurale publique²³, 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 pénaux²⁴. 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 étatique²⁵. 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 établissements²⁶.
- 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

²¹ Baechtold, p. 57 ss.

²² Baechtold, p. 66 ss.

²³ Kiener/Rütsche/Kuhn, N 154.

²⁴ Message 1998, p. 131

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

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

de l'art. 75 al. 1, 2ème phrase CP²⁷. 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'écarter 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*)²⁸. 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*)²⁹. 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*)³⁰. 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*)³¹.

- 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 construction³². Brägger suggère dans ce contexte que le transfert de l'exécution en milieu ouvert vers une section fermée ou le transfert, dans

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

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

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

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

³¹ 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.

³² Message 1998, p. 134

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 restreinte³³. 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)³⁴.

- 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

³³ BSK StGB I-Brägger, art. 76 CP N 8.

³⁴ 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.

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

- 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-

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

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 1987³⁶, révisées et actualisées en 2006³⁷, 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 fondamentaux³⁸.

- 22 Ce sont notamment les droits suivants du détenu qui résultent de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de la CourEDH et d'autres organismes internationaux³⁹: 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

³⁶ 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.

³⁷ Recommandation (2006) 2 du 11 janvier 2006.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

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 libération⁴⁰. 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 collectivité⁴¹.

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"⁴². 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-

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

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

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

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 suffisante⁴³.

- 25 La garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst. et l'art. 13 CEDH exigent une protection juridique efficace⁴⁴. Les instances de recours ont l'obligation d'examiner toutes les questions de droit et de fait invoquées par le justiciable avec un plein pouvoir de cognition⁴⁵ et, le cas échéant, d'annuler l'acte contesté ou de réparer ses effets⁴⁶. 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 protection⁴⁷. 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 efficace⁴⁸. 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 comprennent⁴⁹.
- 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

⁴³ ATF 130 I 369 consid. 6.1 p. 377.

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

⁴⁵ Biaggini, art. 29a Cst N 8.

⁴⁶ ATF 130 I 369 consid. 6.1 p. 377.

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

⁴⁸ Cf. ch. 23.1 ss. des Règles pénitentiaires européennes

⁴⁹ 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'établissement⁵⁰. 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*⁵¹. 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

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

⁵¹ 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.

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 administratives⁵²), 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"⁵³. 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 garantie⁵⁴). 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 contrôle⁵⁵.
- 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,

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

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

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

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

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.).⁵⁶ 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 sanctions⁵⁷.
- 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-

⁵⁶ Cf. également Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 77

⁵⁷ 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.

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 général⁵⁸, la sécurité du transport de détenus ou l'accompagnement et le traitement spécialisés de détenus⁵⁹ 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'État⁶⁰, l'externalisation à des tiers peut selon l'art. 178 al. 3 Cst. se faire moyennant une *base légale formelle* suffisamment précise⁶¹. 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 tiers⁶². 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 responsabilité⁶³.
- 35 En plus d'une base légale suffisante, l'externalisation doit comme toute activité de l'Etat répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 5 al. 1 et 2

⁵⁸ Cf. BSK CP II-Imperatori, ad Art. 379 CP N 2.

⁵⁹ Cf. Baechtold, p. 72.

⁶⁰ Cf. Jaag, p. 37.

⁶¹ 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.

⁶² Rütsche, p. 159.

⁶³ Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 60

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 législateur⁶⁴. 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 inadmissible⁶⁵.

- 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'Etat 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 étatique⁶⁶. Si une telle mise en danger des droits fondamentaux ne peut pas être évitée de manière satisfaisante, l'Etat doit renoncer à externaliser une tâche et s'en charger lui-même⁶⁷.

⁶⁴ Cf. Jaag, p. 42.

⁶⁵ Cf. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, p. 64

⁶⁶ 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 Etats signataires restent responsables du respect et de la mise en oeuvre des garanties accordées à l'art. 9 du pacte ONU II. Les Etats 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.

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

- 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 actes⁶⁸.

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'origine⁶⁹. L'une des conditions es-

⁶⁸ Cf. Jaag, p. 47; Kälén/Lienhard/Wyttenbach, p. 69 et suiv.

⁶⁹ Cf. Préambule de la convention

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

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'application⁷⁰ 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 international⁷¹ 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,

⁷⁰ 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.

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

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 loisirs⁷². 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 vu 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 des travaux préparatoires. Cela n'étant pas le cas⁷³, il faut

⁷² Message 1998, p. 135 ss.

⁷³ 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 cantons⁷⁴, 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.

⁷⁴ Message 1998, p. 204

dans les travaux préparatoires⁷⁵. 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.

⁷⁵ 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). Différents 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

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 nationaux⁷⁶.
- 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.

⁷⁶ 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).⁷⁷ 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 détenus⁷⁸. 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)⁷⁹.
- 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

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

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Baechtold, p. 165.

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-

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-*

pacités en vue de l'exécution des peines en Suisse n'est pas de nature à justifier la limitation des droits fondamentaux des détenus⁸⁰. 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 responsabilité⁸¹, 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

⁸⁰ 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".

⁸¹ 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 concernés⁸².

⁸² 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 1997 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.