



Datum: 13. Februar 2007
Für: Sektion Straf- und Massnahmenvollzug
zHv. Herrn Walter Troxler
Kopien an:

Referenz/Aktenzeichen: 3.3.2.25-BJ-STRAFR 2004/1

Vollzug von Jugendsanktionen in privat geführten Einrichtungen

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Dezember letzten Jahres haben Sie uns ersucht, einen Bericht zur Tragweite von Artikel 379 nStGB und zum Regelungsbedarf der Kantone im Bereich des Vollzugs von Jugendsanktionen in privat geführten Einrichtungen zu erstellen. Wir nehmen zu Ihren Fragen wie folgt Stellung:

I. Ausgangslage

In anerkannten privaten Einrichtungen und Institutionen (sog. Justizheime), die gestützt auf das Bundesgesetz über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug¹ Subventionen erhalten, werden unter anderem strafrechtlich eingewiesene Jugendliche betreut. Die jugendstrafrechtlichen Massnahmen und Freiheitsstrafen (nach neuer Terminologie „Unterbringung“ und „Freiheitsentzug“²) werden offenbar aus Kapazitätsgründen in den privaten Einrichtungen vollzogen, aber auch, weil diese die besseren Voraussetzungen für den Straf- und Massnahmenvollzug bieten als die staatlichen Vollzugsanstalten. Der Vollzug von Untersuchungshaft und von freiheitsentziehenden Disziplinarsanktionen (Arrest, Einschliessung, „Time out“) erfolgt ebenfalls in Einrichtungen mit privater Trägerschaft.

¹ LSMG; SR 341

² Art. 15 und 25 des auf den 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht; SR 311.1

II. Auftrag

Die Subventionsbehörde (Sektion Straf- und Massnahmenvollzug des Bundesamtes für Justiz) hat im Rahmen der subventionsbedingten Anerkennungs- und Überprüfungsverfahren festgestellt, dass auf kantonaler Ebene Regelungen zu dieser Materie weitgehend fehlen. Sie ist daher mit folgenden Fragen an uns gelangt:

- In welchem Umfang ist eine Übertragung der staatlichen Aufgaben an Private im Bereich des Vollzugs von freiheitsentziehenden Jugendstrafen und -massnahmen sowie der Untersuchungshaft rechtlich zulässig?
- Sind rechtliche Grundlagen auf Kantonsebene erforderlich? Sofern der Regelungsbedarf bejaht wird: Welchen normativen Gehalt sollten die kantonalen Erlasse aufweisen und auf welcher Normstufe wären sie anzusiedeln?

III. Allgemeine Bemerkungen

1. Aktualität der Fragestellung

Das neue Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (JStG) verlangt, dass Jugendliche, die eine freiheitsentziehende Strafe oder Massnahme zu verbüssen haben, in eine besondere, ausschliesslich dafür dienende Einrichtung für Jugendliche eingewiesen werden müssen³. Nach Ansicht des Gesetzgebers existieren die vom Gesetz geforderten besonderen Einrichtungen derzeit nicht, so dass Artikel 48 JStG den Kantonen aufträgt, die notwendigen Institutionen für den Vollzug der Unterbringung und des Freiheitsentzugs binnen 10 Jahren seit Inkrafttreten des Gesetzes zu errichten.

Ähnliches ergibt sich aus Artikel 6 JStG, der besagt, dass die Jugendlichen in der Untersuchungshaft in einer besonderen Einrichtung oder Abteilung getrennt von den erwachsenen Häftlingen unterzubringen und zu betreuen sind⁴. Auch mit dieser Vorschrift werden die Kantone angehalten, entsprechende (bauliche) Vorkehren zu treffen, damit die Untersuchungshaft an Jugendlichen in spezialisierten, für sie reservierten Einrichtungen mit entsprechender Infrastruktur vollzogen werden kann⁵.

Nichts deutet in der Botschaft daraufhin, dass die von den Kantonen neu zu errichtenden Institutionen von privaten Dritten betrieben werden oder dass die privaten Einrichtungen, in denen ein Teil der freiheitsentziehenden Strafen und Massnahmen bislang vollzogen wurde, auch künftig für Vollzugsaufgaben herangezogen werden sollen. Vielmehr wird in der Botschaft ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Erziehungseinrichtungen, in welchen die Jugendlichen nach altem Recht untergebracht wurden, mit der Errichtung der neuen Institutionen entlastet würden⁶.

³ Art. 15 Abs. 1 und Art. 25 JStG

⁴ Vgl. auch Art. 37 Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, mit dem Vorbehalt der Schweiz, wonach die Trennung zwischen Jugendlichen und Erwachsenen im Freiheitsentzug nicht ausnahmslos gewährleistet ist; SR 0.107

⁵ vgl. hierzu Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht; BBl 1999 II 2275

⁶ BBl 1999 II 2253 und 2275 f.

Unter Umständen sind somit die nachfolgenden Ausführungen über Zulässigkeit, Voraussetzungen und Umfang der Aufgabendelegation an Private nur noch für die Übergangszeit gemäss Artikel 48 i. V. mit Artikel 46 Absatz 2 JStG oder allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt - wenn die Frage nach der Privatisierung dieser Aufgabe neu aufgerollt werden sollte - von Belang.

2. Voraussetzungen für die Delegation staatlicher Sicherheitsaufgaben an Private

Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gehört zum Kernbereich der staatlichen Aufgaben. Der Einbezug privater Unternehmen bei der Wahrnehmung hoheitlicher Sicherheitsaufgaben⁷ steht daher in einem Spannungsfeld zu den Kernfunktionen des Staates und zum staatlichen Gewaltmonopol. Es gilt als anerkannt, dass die Privatisierung solcher Aufgaben nur so weit möglich ist als das Gewaltmonopol des Staates, das in der Verfassungsordnung des Bundes⁸ und der Kantone positivrechtlich konkretisiert ist, nicht ausgehöhlt wird. Längst nicht alle Aufgaben im Sicherheitsbereich sind deshalb einer Delegation an Private zugänglich; vielmehr ist eine Übertragung staatlicher Sicherheitsaufgaben nur in Randbereichen der Sicherheits- und Polizeitätigkeit denkbar. Als notwendige Aufgaben dem Staat vorbehalten bleiben namentlich Aktivitäten, bei denen zum Zweck der Gefahrenabwehr oder der Störungsbeseitigung mit einem hohen Risiko physischer Zwangsanwendung zu rechnen ist und Aktivitäten, die mit (anderen) erheblichen Grundrechtseingriffen verbunden sind. Schliesslich zählen zur Kategorie der nicht privatisierbaren Tätigkeiten Aktivitäten, die – wären sie privatisiert – den Anspruch auf eine gleichmässige Versorgung der Öffentlichkeit mit Sicherheit nicht erfüllen könnten⁹.

Gemäss einhelliger Lehre und Praxis ist eine Aufgabendelegation im Weiteren nur zulässig, wenn sie sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützt, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt und wenn sie das Verhältnismässigkeitsprinzip wahrt¹⁰.

Der Betrieb von Haftanstalten, Gefängnissen und anderen Einrichtungen zum Vollzug von freiheitsentziehenden Strafen und Massnahmen wie auch zum Vollzug der Untersuchungshaft gilt als eine der klassischen Sicherungsaufgaben des Staates¹¹. Die Frage, ob die Erfüllung dieser Aufgabe an Private übertragen werden kann, wurde vom Bundesgesetzgeber vorweggenommen. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, hat er in Teilbereichen eine solche Delegation durch den Erlass bundesrechtlicher Bestimmungen zugelassen. Nach dem Gesagten ist aber klar, dass eine Übertragung nur möglich ist, wenn die oben aufgeführten zur Aufgabendelegation entwickelten Grundsätze beachtet werden.

⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang Art. 178 Abs. 3 BV, der die Aufgabenübertragung an Dritte für den Bund regelt.

⁸ Art. 57 BV

⁹ s. dazu den ausführlichen Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen (mit zahlreichen Verweisen); BBl 2006 I 650

¹⁰ Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 36 Abs. 1 - 3 BV

¹¹ Bericht des Bundesrats, a.a.O., S. 631

Dabei kommt angesichts der Tatsache, dass diese Sicherheitsaufgabe in erheblichem Mass in geschützte Grundrechtspositionen eingreift, dem Erfordernis einer genügenden und hinreichend konkreten gesetzlichen Grundlage besondere Bedeutung zu.

IV. Zu den einzelnen Fragen

- **Frage 1**

1. Vollzug von Freiheitsstrafen und Massnahmen des Jugendstrafrechts

1.1 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet des Strafrechts und des Straf- und Massnahmenvollzugsrechts

Artikel 123 Absatz 1 BV räumt dem Bund die Befugnis ein, auf dem Gebiet des Strafrechts zu legislieren, während Artikel 123 Absatz 2 BV den Straf- und Massnahmenvollzug in den Zuständigkeitsbereich der Kantone weist - allerdings unter dem Vorbehalt, dass das Gesetz nichts anderes vorsieht. Zur konkreten Ausgestaltung dieser Kompetenzordnung hat sich der Bundesrat wie folgt geäussert:

„Der Bund soll aus Gründen der Rechtssicherheit, und weil die Einzelheiten des Vollzugs für die Eigenart der dem materiellen Strafrecht zuzurechenden Rechtsfolgen bestimmend sind, die Grundsätze des Vollzugs von Strafen und strafrechtlichen Massnahmen im StGB¹² statuieren, während die Kantone die erforderlichen ausführenden Bestimmungen erlassen. Auch der Bund soll in bestimmten Bereichen Ausführungsbestimmungen erlassen können, namentlich um Abweichungen von den Vollzugsgrundsätzen zu regeln.“¹³

Der Straf- und Massnahmenvollzug ist somit weitgehend Sache der Kantone; die Kompetenzen der Kantone bewegen sich jedoch im Rahmen dessen, was der Bund in seiner Grundsatzgesetzgebung vorgibt. Wo der Bund sich nicht nur auf die Statuierung von Grundsätzen beschränkt, sondern diese durch den Erlass von ausführenden Bestimmungen konkretisiert, gelten auch diese bundesrechtlichen Vorschriften für die Kantone - im Sinne einer abschliessenden Regelung - als verbindlich¹⁴. Auf die vorliegende Fragestellung bezogen bedeutet dies, dass die Kantone die Zulassung von Privatanstalten für den Vollzug von Jugendsanktionen nur in Betracht ziehen dürfen, soweit dies die bundesrechtlichen Bestimmungen vorsehen.

¹² SR 311.0

¹³ BBl 1999 II 2177 und 2178

¹⁴ Es gilt als anerkannt, dass der Bund über seine eigentliche Regelungskompetenz hinaus auch durch seine Subventionierungspraxis einen entscheidenden Einfluss auf die Ausgestaltung des Strafvollzugs ausüben kann (s. dazu H. Vest in: Die Schweizerische Bundesverfassung, hgg. von B. Ehrenzeller, P. Mastronardi, R. J. Schweizer, K. A. Vallender, Zürich 2002, Art. 123 Rz. 12).

1.2 Bundesrechtliche Regelung

Artikel 384 aStGB enthielt eine umfangreiche abschliessende Aufzählung der Anstalten und Einrichtungen, die auf privater Basis mit Vollzugsaufgaben betraut werden durften – darunter auch Justizheime zur Unterbringung von straffällig gewordenen Kindern und Jugendlichen. Die Zulassung privater Einrichtungen wurde 1996 mit Änderung der Verordnung 3 zum StGB insofern erweitert, als auch der Vollzug von Gefängnis- und Einschliessungsstrafen in der Form der Halbgefangenschaft und des tageweisen Vollzugs privaten Institutionen übertragen werden durfte.

Ausgehend von der altrechtlichen Bestimmung sieht Artikel 379 nStGB vor, dass die Kantone privat geführten Anstalten und Einrichtungen die Bewilligung erteilen können, Strafen in der Form der Halbgefangenschaft und des Arbeitsexternats sowie Massnahmen nach den Artikeln 59 – 61 und 63 StGB zu vollziehen. Die Einrichtungen des Jugendstrafrechts sind nicht mehr aufgeführt, zumal sich der persönliche Geltungsbereich des StGB nurmehr auf erwachsene Personen erstreckt¹⁵. Eine analoge Bestimmung fehlt im JStG¹⁶; Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe n JStG erklärt indes (mit wenigen Ausnahmen) das Dritte Buch des StGB für sinngemäss anwendbar, so dass Artikel 379 nStGB auch für den Jugendstrafvollzug Geltung beansprucht.

Konkret bedeutet dies, dass die Kantone den Vollzug der Jugendfreiheitsstrafe ausschliesslich in der Form der Halbgefangenschaft – diese Vollzugsform ist im JStG explizit vorgesehen¹⁷ – an privat geführte Einrichtungen übertragen können. Bei den jugendstrafrechtlichen Massnahmen liegt es hingegen nicht auf der Hand, ob Artikel 379 nStGB „sinngemäss“ Anwendung finden kann, sind doch die Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts mit denjenigen des neuen Jugendstrafrechts nur bedingt vergleichbar. In der Botschaft kommt jedoch mit seltener Klarheit zum Ausdruck, dass die Vorschrift über die sinngemässe Anwendung von Teilen des StGB (Artikel 1 Absatz 2 JStG) auch auf den „für den Vollzug von **Jugendmassnahmen** besonders wichtigen Artikel 382 E-StGB (=Artikel 379 nStGB) über die Zulassung privater Einrichtungen“ anwendbar sein soll¹⁸. Es ist daher davon auszugehen, dass die Kantone befugt sind, die Massnahmen gemäss JStG – und damit auch die freiheitsentziehende Unterbringung nach Artikel 15 JStG – in privaten Einrichtungen vollziehen zu lassen¹⁹.

¹⁵ Art. 9 Abs. 2 nStGB

¹⁶ Die entsprechende Norm (Artikel 36 des Vorentwurfs zum JStG) wurde gestrichen, weil die Bestimmung entbehrlich sei; vgl. Originalzitat in Fussnote 18 hiernach.

¹⁷ vgl. Art. 27 Abs. 1 JStG

¹⁸ BBl 1999 II 2274: „Der Expertenentwurf enthielt mit Artikel 36 eine Grundsatzbestimmung über die Zuständigkeit der Kantone und die Rolle des Bundes bezüglich der Schaffung der notwendigen Einrichtungen zum Vollzug von Unterbringung und Freiheitsentzug. Eine solche Bestimmung ist entbehrlich, weil nach Artikel 1 Absatz 2 des vorliegenden Entwurfs Artikel 380 E-StGB über die Pflicht der Kantone zur Errichtung und zum Betrieb der Anstalten sich auch auf die Einrichtungen für Jugendliche beziehen soll; Gleiches gilt für Artikel 381 E-StGB über die diesbezügliche interkantonale Zusammenarbeit sowie den für den Vollzug von Jugendmassnahmen besonders wichtigen Artikel 382 E-StGB über die Zulassung von privaten Einrichtungen.“

¹⁹ Vgl. hierzu auch H. Sutter in: Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, hgg. von T. Hansjakob, H. Schmitt und J. Sollberger, Luzern 2006, Art. 379, S. 227

1.3 Ergänzende Bestimmungen des Bundesrats

Nach Artikel 387 Absatz 4 Buchstabe b nStGB kann der Bundesrat versuchsweise und für beschränkte Zeit gestatten, dass der Vollzug von Freiheitsstrafen an privat geführte, der Aufsicht der Kantone unterstellte Anstalten übertragen wird. Artikel 387 Absatz 5 nStGB sieht ferner vor, dass die kantonalen Ausführungsbestimmungen für den privat geführten Strafvollzug der Genehmigung des Bundes unterliegen. Der Bundesrat kann somit im Rahmen von befristeten Versuchen den Vollzug in privaten Einrichtungen auch für andere Vollzugsformen als der Halbgefangenschaft und dem Arbeitsexternat vorsehen. Diese Regelung gilt gestützt auf Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe n JStG auch für das Jugendstrafrecht²⁰.

2. Vollzug der Untersuchungshaft im Jugendstrafrecht

2.1 Bundesrechtliche Regelung

Eine Grundlage für den Vollzug der Untersuchungshaft an Jugendlichen in privaten Anstalten oder Einrichtungen besteht weder im materiellen Recht noch im Prozessrecht. Der oben zitierte, auch auf das Jugendstrafrecht anwendbare Artikel 379 nStGB beschränkt sich in seinem Wortlaut ausschliesslich auf den Straf- und Massnahmenvollzug; systematisch ist die Bestimmung denn auch im Titel „Straf- und Massnahmenvollzug, Bewährungshilfe, Anstalten und Einrichtungen“ eingeordnet. Der Entwurf zum Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren hält zum Vollzug der Untersuchungshaft fest, dass diese in geeigneten Räumen vollzogen werden muss, in denen eine Trennung von den erwachsenen Gefangenen gewährleistet ist²¹; eine Regelung zur Frage der Zulässigkeit des Vollzugs der Untersuchungshaft in privaten Einrichtungen enthält der Entwurf nicht. Das JStG sieht eine analoge Norm vor²². Die E-StPO²³, die gemäss Artikel 2 Absatz 1 E-JStPO im Jugendstrafprozessrecht subsidiär Anwendung findet, enthält zwar eine Bestimmung über Haftanstalten, in denen die Untersuchungshaft vollzogen wird. Die Vorschrift besagt jedoch nur, dass die Untersuchungshaft in der Regel in Haftanstalten vollzogen werden müsse, die diesem Zweck vorbehalten sind und die daneben nur dem Vollzug kurzer Freiheitsstrafen dienen.

Da eine spezifische Regelung auf Bundesstufe fehlt, stellt sich die Frage, ob die Kantone befugt sind, die Zulassung von privat geführten Untersuchungsgefängnissen für Jugendliche auf kantonaler Ebene zu normieren.

2.2 Rechtsnatur der Untersuchungshaft

Die Frage, welche Staatsebene für eine Regelung des Vollzugs der Untersuchungshaft in privaten Einrichtungen zuständig wäre, beurteilt sich im Wesentlichen danach, welchem Rechtsgebiet das Institut zuzuordnen ist. Bei der Untersuchungshaft kann

²⁰ BBl 1999 II 2274 f.

²¹ Art. 40 Abs. 1 E-JStPO

²² Art. 6 Abs. 2 JStG: „In der Untersuchungshaft sind die Jugendlichen in einer besonderen Einrichtung oder einer besonderen Abteilung der Haftanstalt getrennt von den erwachsenen Gefangenen unterzubringen. Sie sind in geeigneter Weise zu betreuen.“

²³ Art. 233 E-StPO

keine klare Einordnung vorgenommen werden: Bestimmungen zur Untersuchungshaft sind im JStG und im StGB als auch im E-JStPO und in der E-StPO zu finden, wobei keine klaren Abgrenzungskriterien auszumachen sind: Das Institut der Untersuchungshaft bewegt sich an der Schnittstelle zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht und berührt nicht zuletzt auch Fragen des Strafvollzugsrecht. In erster Linie beschlägt es aber wohl prozessuale Materie.

2.3 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts

Nach Artikel 123 Absatz 1 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts Sache des Bundes. Die Verfassungsnorm räumt dem Bund eine nachträglich derogierende, nicht auf die Grundsatzgesetzgebung beschränkte Zuständigkeit ein^{24/25}. Der Bund hat von dieser Kompetenz u.a. durch den Erlass des StGB und des JStG sowie der E-StPO und dem E-JStPO Gebrauch gemacht; er hat damit namentlich im Bereich des (Jugend-) Strafverfahrens ein geschlossenes System von Normen statuiert. Im Strafprozessrecht liegt der Schwerpunkt der gestützt auf Artikel 123 Absatz 1 BV umgesetzten Vereinheitlichung zwar auf der Verfahrensordnung, während der Organisationsbereich weitgehend in der Zuständigkeit der Kantone verbleibt. Allerdings gilt es auch hier zu relativieren: Die verbliebene Regelungsbefugnis der Kantone erstreckt sich hauptsächlich auf Fragen der **Behördenorganisation**, und selbst da hat sich in gewissen Bereichen der Bedarf nach einer einheitlichen Regelung manifestiert²⁶. So sind auch auf diesem Gebiet organisatorische Grundentscheide im Bundesrecht zu treffen.

Auf die vorliegende Fragestellung bezogen bedeutet dies, dass der Bundesgesetzgeber die betreffende Materie in ihrer Ganzheit normiert hat, was eine Regelungsbefugnis der Kantone über rein organisatorische Bestimmungen und Vollzugsvorschriften hinaus grundsätzlich ausschliesst. Dies gilt auch in Sachbereichen, wo im Bundesrecht eine positivrechtliche Vorschrift fehlt. Wenn der Bund die Zulassung von Einrichtungen mit privater Trägerschaft nur im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs, nicht aber in Zusammenhang mit der Untersuchungshaft geregelt hat, ist demnach davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber die Untersuchungsgefängnisse nicht durch Private betreiben lassen will. So gesehen steht es den Kantonen nicht zu, nach eigenem Gutdünken im kantonalen Recht eine Grundlage für den Vollzug der Untersuchungshaft in privaten Einrichtungen zu schaffen.

2.4 Vollzugskompetenz der Kantone

Bleibt die Frage, ob es nicht eine Frage des Gesetzesvollzugs ist, wie bzw. unter welcher Trägerschaft die Untersuchungsgefängnisse geführt werden, es mithin Sache der Kantone ist, zu bestimmen, ob sie diese Einrichtungen selber führen oder

²⁴ Botschaft des Bundesrats über eine neue Bundesverfassung, S. 340 (BBl 1997 I 237); s. auch H. Vest, a.a.O., Art. 123 Rz. 2

²⁵ In der Lehre wird diese Regelungsbefugnis auch als **ausschliessliche** (ursprünglich derogierende) Bundeskompetenz beschrieben (s. dazu B. Knapp, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Verfassungsrecht der Schweiz, hgg. von D. Thürer, J.-F. Aubert, J.-P. Müller, Zürich 2001, § 29, Rz. 16)

²⁶ Botschaft des Bundesrats, a.a.O., S. 515 f.

durch Dritte betreiben lassen wollen. Ausgangspunkt für die Aufteilung des Vollzugs zwischen Bund und Kantonen ist Artikel 46 BV, der die grundsätzliche Zuständigkeit der Kantone für die Umsetzung des Bundesrechts, ihren Anspruch auf möglichst grosse Gestaltungsfreiheit bei der Umsetzung sowie die Rücksichtnahme auf die finanzielle Belastung vorgibt. Unter Umsetzung ist sowohl die Konkretisierung von Bundesrecht durch den Erlass ausführender Normen als auch die Rechtsanwendung, d.h. der eigentliche Vollzug durch die Verwaltungstätigkeit zu verstehen²⁷. Die durch die Vollzugskompetenz verliehenen Rechtsetzungsbefugnisse sollen die Durchführung und Anwendung des Bundesrechts in den Kantonen gewährleisten. Diese Rechtsetzungskompetenzen werden aber eng verstanden. Entsprechend ist der Spielraum der Kantone für die eigene Rechtsetzung nochmals geringer, wenn es sich - wie vorliegend - um ein Rechtsgebiet handelt, in dem der Bund über umfassende Kompetenzen verfügt. Die Kantone haben mit anderen Worten in ihrer Vollzugsgesetzgebung ausschliesslich zu konkretisieren, was durch die einschlägigen Rechtsnormen des Bundes vorgezeichnet ist. Da der Bund die Möglichkeit der Zulassung von privaten Anstalten und Einrichtungen nur für den (Jugend-) Straf- und Massnahmenvollzug vorsieht, ist es den Kantonen verwehrt, über den Weg der Vollzugsgesetzgebung privat geführte Einrichtungen für den Vollzug der Untersuchungshaft an Jugendlichen zuzulassen²⁸.

3. Fazit

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass im Jugendstrafrecht Freiheitsstrafen in der Form der Halbgefangenschaft und die jugendstrafrechtlichen Massnahmen in privaten Einrichtungen und Institutionen vollzogen werden können. Die Kantone sind dagegen nicht befugt, im kantonalen Recht Grundlagen dafür zu schaffen, dass Freiheitsstrafen, die in anderer Vollzugsform als der Halbgefangenschaft angeordnet werden, in privat geführten Einrichtungen vollzogen werden können. Ebenfalls nicht statthaft ist der Erlass von kantonalen Bestimmungen für den Vollzug der Untersuchungshaft an Jugendlichen in privat geführten Untersuchungsgefängnissen.

Sofern das öffentliche Interesse für eine Privatisierung im Bereich des Vollzugs der Untersuchungshaft an Jugendlichen spricht und das Verhältnismässigkeitsprinzip dadurch nicht verletzt wird, wäre allenfalls zu prüfen, ob für diese Aufgabendelegation eine Grundlage in der (zur Zeit in der parlamentarischen Beratung stehenden) JStPO geschaffen werden soll.

• Frage 2

1. Ermächtigungsklausel

Der Bund hat mit Artikel 379 nStGB in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe n JStG eine formelle gesetzliche Grundlage für die Übertragung von Aufgaben an Pri-

²⁷ R. Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 85

²⁸ s. in diesem Zusammenhang auch Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz (Sektion Strafprozessrecht und Bundesrechtspflege) zu folgender Fragestellung: „Darf die Untersuchungshaft an Jugendlichen in privaten Institutionen vollzogen werden?“

vate im Bereich des Jugendstrafvollzugs geschaffen. Der Bundesgesetzgeber regelt diese Aufgabendelegation allerdings nur in Grundzügen: Er begnügt sich damit, den Aufgabeninhalt (Vollzug von Massnahmen sowie von Jugendstrafen in der Form der Halbgefangenschaft) knapp zu umreissen und die Kantone anzuweisen, die Aufgabenübertragung einer Bewilligungspflicht und der kantonalen Aufsicht zu unterstellen. Im Weiteren erklärt Artikel 1 Absatz 2 Buchstaben e – h JStG einige Bestimmungen des StGB zum Straf- und Massnahmenvollzug auch auf den Jugendstrafvollzug für anwendbar²⁹. Die Vorschriften sind zwar auf den üblichen Vollzug in staatlichen Einrichtungen ausgerichtet; es versteht sich indessen von selbst, dass diese vornehmlich aus Minimalgarantien zugunsten der inhaftierten bzw. eingewiesenen Personen bestehenden Bestimmungen auch für den Vollzug in privat geführten Einrichtungen Geltung beanspruchen. Dasselbe gilt für die Vollzugsbestimmungen von Artikel 16 Absatz 2, Artikel 17 Absatz 2 und Artikel 27 Abs. 2 – 5 JStG.

Gesamthaft gesehen stellen die bundesrechtlichen Bestimmungen aber wenig mehr dar als eine blosse Ermächtigungsklausel; wesentliche Aspekte der Aufgabendelegation wie beispielsweise die Voraussetzungen für eine Aufgabenübertragung oder die mit der Übertragung dieser Sicherheitsaufgabe verbundenen Eingriffsbefugnisse und die erlaubten Eingriffsmittel werden nicht näher spezifiziert. Umso wichtiger erscheint es, dass die wichtigsten Fragen hierzu in den kantonalen Ausführungserlassen auf der formellen gesetzlichen Ebene beantwortet werden.

2. Regelungsbedarf in formellgesetzlichen kantonalen Erlassen

Die massgebliche Bestimmung für die Einführung des Straf- und Massnahmenvollzugs in privaten Einrichtungen ist als Kann-Formulierung ausgestaltet³⁰. Im kantonalen Recht ist somit auf formellgesetzlicher Ebene zunächst der Grundsatzentscheid zu fällen, ob diese staatliche Aufgabe an Private übertragen werden soll oder nicht. Dabei ist zu differenzieren: Werden mit der Delegation der Aufgabe Ausnahmebedürfnisse abgedeckt? Soll die Aufgabenübertragung mit anderen Worten nur vorgenommen werden, wenn z.B. die staatlichen Kapazitäten überfordert sind oder die Behörden die nötigen Spezialkenntnisse (noch) nicht aufweisen? Oder soll eine grundsätzliche Öffnung dieses Aufgabenbereichs für Private erfolgen, z.B. weil eine rein staatliche Lösung einen unverhältnismässigen Ressourceneinsatz bedingen würde oder weil Private wegen besonderer Kenntnisse oder Vertrautheit mit der Materie eine bessere Eignung für die Erfüllung der Aufgabe aufweisen?

Da der Betrieb von privaten Einrichtungen bewilligungspflichtig ist und diese Institutionen der Aufsicht der Kantone unterstehen³¹, müssen im Weiteren die Grundzüge des Bewilligungsverfahrens wie auch die wesentlichen Bestimmungen zum Aufsichts- und Kontrollinstrumentarium formellgesetzlich verankert werden. Die staatliche Aufsicht muss garantieren, dass der Zweck der übertragenen Aufgabe erreicht wird und allfällige Fehlentwicklungen rechtzeitig erkannt und korrigiert werden können. Das Bewilligungssystem wiederum ist so auszugestalten, dass Gewähr dafür besteht, dass der Private die ihm übertragene Aufgabe in jeder Hinsicht zu erfüllen

²⁹ Es handelt sich dabei um Art. 74 (Vollzugsgrundsätze), Art. 83 (Arbeitsentgelt), Art. 84 (Beziehungen zur Aussenwelt), Art. 85 (Kontrollen und Untersuchungen) und Art. 92 (Unterbrechung des Vollzugs) des JStG.

³⁰ Art. 379 Abs. 1 nStGB

³¹ vgl. Art. 379 Abs. 2 nStGB

vermag. Der kantonale Erlass sollte deshalb namentlich festlegen, welche Grundvoraussetzungen und grundlegenden Anforderungen organisatorischer, baulicher und personeller Art für die Führung eines privaten Justizheimes erfüllt sein müssen und welches Vollzugskonzept den Betrieben zugrunde liegen muss.

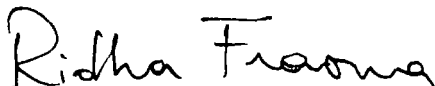
Der polizeiliche Zwang stellt an sich einen gravierenden Eingriff in die grundrechtlich geschützten Positionen dar. Im sensiblen Bereich der Zwangsanwendung ist daher eine ausführliche Reglementierung unerlässlich, welche die Schranken der Eingriffsmöglichkeiten aufzeigt und die Anforderungen an das verhältnismässige Handeln konkretisiert. So ist der Grad des zulässigen Zwangs ebenso auf formellgesetzlicher Ebene festzulegen wie die konkret erlaubten Zwangsmittel (Durchsuchungen, Leibesvisitationen, Entzug von Gebrauchs- oder Kleidungsstücken, Unterbindung von Aussenkontakten, medizinische Untersuchungen, Isolation durch Einschliessung in besonderen Räumlichkeiten, Fixierung, Fesselung, Zwangsmedikation, Zwangsernährung etc.).

Schliesslich gilt es im kantonalen Erlass die Disziplinaratbestände festzuhalten und zu bestimmen, welche Disziplinarsanktionen in den privat geführten Einrichtungen angeordnet und in welchem Verfahren die Sanktionen gegen die inhaftierten bzw. eingewiesenen Jugendlichen verhängt werden dürfen.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen zu dienen.

Freundliche Grüsse

Bundesamt für Justiz
Abteilung I für Rechtsetzung



Ridha Fraoua
Abteilungschef



Date: 13 février 2007
Pour: Unité de l'Exécution des peines et mesures
à l'attention de Monsieur Walter Troxler
Copie à:

Référence du dossier : 3.3.2.25-BJ-STRAFR 2004/1

Exécution de sanctions prononcées contre des mineurs dans des établissements gérés par des exploitants privés

Mesdames, Messieurs,

En décembre de l'année dernière, vous nous avez demandé d'établir un rapport sur la portée de l'art. 379 nCP et sur le besoin de réglementation dans les cantons concernant l'exécution de sanctions prononcées contre des mineurs dans des établissements gérés par des exploitants privés. Voici notre avis sur les questions soulevées:

I. Contexte

Les établissements et institutions privés (les foyers d'accueil d'enfants et de mineurs délinquants) reconnus qui perçoivent des subventions sur la base de la loi fédérale sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures¹ accueillent, entre autres, des mineurs frappés par une sanction pénale. Les mesures et les peines privatives de liberté prévues par le droit pénal des mineurs (selon la nouvelle terminologie «placement» et «privation de liberté»²) sont exécutées dans des établissements privés d'une part pour des raisons de capacités, mais aussi parce que ces établissements offrent, pour l'exécution des peines et des mesures, de meilleures conditions que les établissements publics. L'exécution de la détention provisoire et de sanctions disciplinaires entraînant une privation de liberté (arrêts, détention, time out) a lieu également dans des établissements gérés par des exploitants privés.

¹ LPPM; RS 341

² Art. 15 et 25 de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (RS 311.1), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007

II. Mandat

L'autorité de subventionnement (l'unité Exécution des peines et des mesures de l'Office fédéral de la justice) a constaté, dans le cadre des procédures de reconnaissance et de contrôle liées à l'octroi des subventions, qu'au niveau cantonal, cette matière n'est la plupart du temps pas réglementée. Elle s'est dès lors adressée à nous pour obtenir un avis sur les questions suivantes:

- Dans quelle mesure la loi permet-elle de déléguer à des institutions privées les tâches de l'Etat dans le domaine de l'exécution de peines et de mesures privatives de liberté prononcées contre des mineurs et de la détention avant jugement?
- Des bases légales au niveau cantonal sont-elles nécessaires? Si oui, quel doit être leur contenu normatif et à quel niveau normatif doivent-elles se situer?

III. Considérations générales

1. Actualité des questions soulevées

Selon la nouvelle loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMIn), les mineurs devant purger une peine privative de liberté ou une mesure entraînant une privation de liberté doivent être placés dans un établissement spécial accueillant exclusivement des mineurs³. Le législateur estime par ailleurs que de tels établissements n'existent pas encore, de sorte que l'art. 48 DPMIn donne mandat aux cantons de créer les établissements nécessaires à l'exécution du placement et de la privation de liberté dans les dix ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

Il ressort également de l'art. 6 DPMIn que pour la détention avant jugement, les mineurs doivent être placés dans un établissement spécial ou dans une division particulière d'une maison d'arrêts, où ils sont séparés des détenus adultes et bénéficient d'une prise en charge appropriée⁴. Cette disposition exige également des cantons qu'ils prennent les mesures nécessaires (construction ou transformation) pour que la détention avant jugement de mineurs puisse être exécutée dans des installations spéciales qui leur sont exclusivement destinées, avec des infrastructures adaptées⁵.

Dans le message, rien n'indique que les institutions nouvelles que les cantons sont appelés à créer peuvent être gérées par le secteur privé ou que les établissements privés dans lesquels étaient précédemment exécutées une partie des peines et des mesures privatives de liberté pourraient continuer à l'avenir d'être utilisées pour des tâches d'exécution. Au contraire, le message dit explicitement que les maisons d'éducation dans lesquelles étaient placés de tels mineurs selon le droit en vigueur à l'époque seraient déchargées par la création de ces nouveaux établissements⁶.

³ Art. 15, al. 1, et art. 25 DPMIn

⁴ Cf. aussi l'art. 37 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la réserve formulée par la Suisse concernant cet article, selon laquelle la séparation des jeunes et des adultes privés de liberté n'est pas garantie sans exception; RS 0.107

⁵ Cf. le message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs; FF 1999 II 1787

⁶ FF 1999 II 2058 et 2080

Il se peut dès lors que les considérations qui suivent sur l'admissibilité, les conditions et l'ampleur de la délégation de tâches à des privés ne présentent un intérêt que pour la période de transition selon l'art. 48, en relation avec l'art. 46, al. 2, DPMIn. Elles pourraient toutefois retrouver une actualité ultérieurement, si la question de la privatisation de cette tâche devait à nouveau être soulevée.

2. Conditions de la délégation de tâches de sécurité de l'Etat à des entreprises privées

Garantir la sécurité et l'ordre publics fait partie des missions fondamentales de l'Etat. Faire appel à des entreprises privées pour exercer des tâches de sécurité relevant de la souveraineté de l'Etat⁷ entre en conflit avec l'idée que ces tâches font partie des fonctions essentielles de l'Etat et avec la notion de monopole de la puissance publique. Il est communément admis que la privatisation de telles tâches n'est possible que dans la mesure où elle ne sape pas le monopole de la puissance publique expressément consacrée dans l'ordre constitutionnel au niveau fédéral⁸ et au niveau cantonal. Ainsi, en matière de sécurité, toutes les tâches, loin s'en faut, ne se prêtent pas à une délégation au secteur privé ; une délégation de tâches de sécurité de l'Etat n'est en réalité envisageable que dans des secteurs marginaux de l'activité en matière de sécurité et de police. Sont notamment des tâches réservées de l'Etat, parce qu'elles sont absolument indispensables, les activités au cours desquelles le risque est élevé de devoir recourir à la contrainte physique aux fins d'écarter un danger ou d'éliminer des perturbations, ainsi que les activités entraînant d'autres atteintes notables à des droits fondamentaux. Ne sont pas privatisables, enfin, les activités pour lesquelles une privatisation ne permettrait pas de garantir uniformément la sécurité publique⁹.

Selon la doctrine et la pratique unanimes, la délégation de tâches n'est en outre admise que si elle est fondée sur une base légale suffisante, si elle répond à un intérêt public et si elle respecte le principe de proportionnalité¹⁰.

L'exploitation d'établissements de détention, de prisons et d'autres établissements servant à l'exécution de peines et de mesures privatives de liberté, ainsi qu'à l'exécution de la détention avant jugement, est considérée comme une des tâches de sécurité classiques de l'Etat¹¹. La question de savoir si cette tâche peut être déléguée à des particuliers a été anticipée par le législateur fédéral. Comme nous allons le montrer ci-après, il a admis que la Confédération délègue de telles tâches dans certains domaines, moyennant l'adoption de dispositions du droit fédéral. Au vu des considérations qui précèdent, il est clair, cependant, qu'une délégation n'est possible que si les trois principes mentionnés sont respectés. Compte tenu du fait que ces tâches de sécurité comportent un risque considérable d'atteinte à des droits fondamentaux protégés, l'exigence d'une base légale suffisante et suffisamment détaillée revêt une importance capitale.

⁷ Dans ce contexte, cf. art. 178, al. 3, Cst., qui règle à l'échelon fédéral la délégation de tâches à des tiers.

⁸ Art. 57 Cst.

⁹ A ce sujet, cf. le rapport détaillé du Conseil fédéral sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (avec de nombreuses références); FF 2006 I 658

¹⁰ Art. 5, al. 1 et 2, et art. 36, al. 1 à 3, Cst.

¹¹ Rapport du Conseil fédéral op.cit., p. 631

IV. Concernant les différentes questions

• Question 1

1. Exécution de peines privatives de liberté et de mesures prévues par le droit pénal des mineurs

1.1 Répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine du droit pénal et du droit de l'exécution des peines et des mesures

L'art. 123, al. 1, Cst. donne à la Confédération la compétence de légiférer en matière pénale, tandis que l'art. 123, al. 2, Cst. prévoit que l'exécution des peines et des mesures est du ressort des cantons, à moins que la loi n'en dispose autrement. Le Conseil fédéral s'est exprimé comme suit sur les modalités concrètes de ce partage de compétences:

«La Confédération fixera dans le code pénal¹² les principes relatifs à l'exécution des peines et mesures, tandis que les cantons édicteront les dispositions d'application. Le Conseil fédéral a choisi cette solution pour des raisons de sécurité du droit et parce que les modalités de l'exécution – qui définissent dans une large mesure les peines et les mesures – relèvent également du droit pénal matériel. La Confédération pourra arrêter des dispositions d'application dans certains domaines, notamment pour ce qui est des dérogations aux règles générales d'exécution des peines et des mesures.»¹³

L'exécution des peines et des mesures est ainsi, pour l'essentiel, du ressort des cantons ; leur marge de manœuvre est toutefois limitée par la législation de la Confédération énonçant les principes généraux. Lorsque la Confédération ne se contente pas de poser des principes généraux mais les concrétise en édictant des dispositions d'exécution, les cantons sont aussi liés par ces prescriptions du droit fédéral, qui constituent alors une réglementation exhaustive¹⁴.

Pour la problématique qui nous occupe, cela signifie que les cantons ne peuvent envisager de confier l'exécution de sanctions pénales prononcées contre des mineurs à des établissements privés que dans la mesure où les dispositions du droit fédéral prévoient cette possibilité.

1.2 Réglementation fédérale

L'art. 384 aCP contenait une liste détaillée et exhaustive des établissements privés auxquels pouvaient être confiées des tâches d'exécution – parmi lesquels des foyers d'accueil d'enfants et de mineurs délinquants. L'admission d'établissements privés a

¹² RS 311.0

¹³ FF 1999 II 1986

¹⁴ Il est communément admis que la Confédération peut, au-delà de ses propres compétences de réglementation, exercer une influence décisive sur les modalités de l'exécution pénale par sa pratique en matière de subventionnement (sur ce sujet, cf. H. Vest in: Die Schweizerische Bundesverfassung, éd. B. Ehrenzeller, P. Mastronardi, R. J. Schweizer. K. A. Vallender, Zurich 2002, art. 123, N° 12).

été étendue, en 1996, par la modification de l'ordonnance 3 relative au CP, qui permettait aussi de confier à des établissements gérés par des exploitants privés l'exécution de peines de prison et de détention sous forme de semi-détention et de journées séparées.

Reprenant cette disposition de l'ancien droit, l'art. 379 nCP prévoit que 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, ainsi que celle des mesures visées aux art. 59 à 61 et 63 CP. Les établissements pénaux destinés aux mineurs ne sont plus mentionnés, car le champ d'application du CP est désormais limité aux personnes majeures¹⁵. Dans le DPMIn, une disposition analogue fait défaut¹⁶; l'art. 1, al. 2, let. n, DPMIn prévoit toutefois que le livre troisième du CP (à quelques exceptions près) est applicable par analogie, de sorte que l'art. 379 nCP est également applicable dans le domaine du droit pénal des mineurs.

Concrètement, cela signifie que les cantons peuvent déléguer à des établissements gérés par des exploitants privés l'exécution de peines frappant des mineurs exclusivement sous forme de semi-détention – cette forme d'exécution étant explicitement mentionnée dans le DPMIn¹⁷. S'agissant des mesures prévues par le droit pénal des mineurs, en revanche, il n'est pas sûr que l'art. 379 nCP puisse être appliqué «par analogie», car les mesures du droit pénal des adultes ne sont que partiellement comparables à celles du droit pénal des mineurs. Le message exprime cependant très clairement que la disposition concernant l'application par analogie de certaines dispositions du CP (art. 1, al. 2, DPMIn) est également applicable à «l'art. 382 P-CP, relatif à l'admission d'établissements privés, un article très important dans l'optique de l'exécution des **mesures à l'égard des mineurs**»¹⁸. Force est dès lors d'en conclure que les cantons sont fondés à faire exécuter dans des établissements gérés par des exploitants privés les mesures prévues par le DPMIn, y compris le placement entraînant une privation de liberté selon l'art. 15 DPMIn¹⁹.

1.3 Dispositions complémentaires édictées par le Conseil fédéral

En vertu de l'art. 387, al. 4, let. b, nCP, le Conseil fédéral peut, à titre d'essai et pour une durée déterminée, autoriser la délégation de l'exécution de peines privatives de liberté à des établissements gérés par des exploitants privés soumis à la surveillance des cantons. L'art. 387, al. 5, nCP prévoit, en outre, que les dispositions d'exécution cantonales relatives à l'exécution des peines dans des établissements gérés par des exploitants privés sont soumises à l'approbation de la Confédération. Le Conseil fé-

¹⁵ Art. 9, al. 2 nCP

¹⁶ La norme en question (art. 36 de l'avant-projet DPMIn) n'a pas été retenue dans le projet final parce qu'elle avait été jugée superflue; cf. la citation dans la note 18 ci-dessous.

¹⁷ Cf. art. 27, al. 1, DPMIn

¹⁸ FF 1999 II 2078: «A son article 36, le projet des experts contenait une disposition de principe sur la compétence des cantons et le rôle de la Confédération en matière de mise en place de l'équipement nécessaire à l'exécution des placements et privations de liberté. Une telle disposition est superflue puisque, selon l'article premier, 2^e alinéa, du présent projet, l'article 380 P-CP, qui régit l'obligation des cantons de créer et d'exploiter les établissements nécessaires, s'étend également aux institutions pour mineurs. Il en va de même de l'article 381 P-CP, qui régit la collaboration intercantonale, ainsi que de l'article 382 P-CP, relatif à l'admission d'établissements privés, un article très important dans l'optique de l'exécution des mesures à l'égard des mineurs.»

¹⁹ Cf. à ce sujet H. Sutter in: Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, éd. T. Hansjakob, H. Schmitt und J. Sollberger, Lucerne 2006, art. 379, p. 227

déral peut donc prévoir, dans le cadre d'essais limités dans le temps, l'exécution de sanctions dans des établissements gérés par des exploitants privés sous des formes autres que la semi-détention et le travail externe. Conformément à l'art. 1, al. 2, let. n, DPMin, cette réglementation vaut aussi pour le droit pénal des mineurs²⁰.

2. Exécution de la détention provisoire selon le droit pénal des mineurs

2.1 Réglementation fédérale

Ni le droit pénal matériel ni le droit procédural ne comporte une base légale régissant l'exécution de la détention provisoire de mineurs dans des établissements ou institutions gérés par des exploitants privés. L'art. 379 nCP, applicable également en droit pénal des mineurs, se rapporte exclusivement à l'exécution des peines et des mesures, ainsi qu'il ressort de son libellé; d'ailleurs, sous l'angle de la systématique, cette disposition fait partie du titre 7 («Exécution des peines et des mesures, assistance de probation, établissements»). S'agissant de la détention provisoire, le projet de loi fédérale sur la procédure pénale applicable au mineurs dispose que celle-ci doit être exécutée dans des locaux où les mineurs sont séparés des détenus adultes²¹; ledit projet, en revanche, ne règle pas la question de la licéité de l'exécution de la détention provisoire dans des établissements privés. A noter que la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMin) comporte une disposition analogue²². Le P-CPP²³, qui, selon l'art. 2, al. 1, P-PPmin s'applique à titre subsidiaire à la procédure pénale des mineurs, comporte, il est vrai, une disposition sur les établissements servant à l'exécution de la détention provisoire. Toutefois, cette norme se borne à préciser qu'en règle générale la détention provisoire est exécutée dans des établissements réservés à cet usage et qui ne servent qu'à l'exécution de courtes peines privatives de liberté.

Une réglementation spécifique faisant défaut au niveau fédéral, force est de se demander si les cantons sont habilités à fixer à leur niveau les conditions auxquelles des établissements privés peuvent être autorisés à accueillir des mineurs en vue de l'exécution de la détention provisoire.

2.2 Nature juridique de la détention provisoire

Quel échelon des pouvoirs publics serait compétent pour réglementer l'exécution de la détention provisoire dans des établissements privés? La réponse à cette question dépend pour l'essentiel du domaine du droit dont relève ladite institution. Or s'agissant de la détention provisoire, il est impossible de déterminer clairement ce domaine: le DPMin et le CP, sans parler du P-PPmin et du P-CPP comportent des dispositions qui règlent cette matière, toutefois sans critères de délimitation précis. L'institution juridique que constitue la détention provisoire se situe à l'intersection entre le droit pénal matériel et la procédure pénale. Elle a aussi trait dans une mesure

²⁰ FF 1999 II 2079.

²¹ Art. 40, al. 1, P-CPP

²² Art. 6, al. 2, DPMin: «Pendant la détention, les mineurs sont placés dans un établissement spécial ou dans une division particulière d'une maison d'arrêts, où ils sont séparés des détenus adultes. Une prise en charge appropriée est assurée».

²³ Art. 233 P-CPP

notable à des questions relevant du droit régissant l'exécution des peines. Cependant, on peut affirmer que sa nature juridique est essentiellement procédurale.

2.3 Répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de droit pénal et de procédure pénale

Aux termes de l'art. 123, al. 1, Cst., la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération. Cette norme constitutionnelle confère à la Confédération une compétence législative globale avec effet dérogatoire subséquent, qui n'est pas limitée à la formulation de principes^{24/25}. La Confédération a fait usage de cette compétence en édictant notamment le CP et le DPMin, sans oublier le P-CPP et le P-PPMin; ce faisant, elle s'est dotée dans le domaine de la procédure pénale applicable aux adultes (et aux mineurs) d'un système exhaustif de normes. En matière de procédure pénale, l'unification réalisée sur la base de l'art. 123, al. 1, Cst., met l'accent sur les règles procédurales proprement dites, les aspects organisationnels demeurant dans une large mesure de la compétence des cantons. Toutefois, il y a lieu de relativiser ce constat: en la matière les compétences normatives restant aux cantons ont essentiellement trait à des aspects touchant **l'organisation des autorités**; mais même dans ce domaine, il est apparu nécessaire de réglementer de manière uniforme certains de ces aspects²⁶. En d'autres termes, même en matière d'organisation, il importe que les principes généraux soient définis par le droit fédéral.

Si l'on applique les considérations ci-dessus aux questions qui nous occupent ici, on peut en inférer que le législateur fédéral a réglementé la matière concernée dans son ensemble, ce qui exclut, en principe, que les cantons aient une compétence normative s'étendant au-delà de purs problèmes d'organisation et d'exécution du droit fédéral. Cela vaut aussi dans les domaines dans lesquels le législateur fédéral n'a pas adopté de disposition de droit positif. Ainsi, si la Confédération, a réglé l'admission d'établissements privés uniquement dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures mais non en relation avec la détention provisoire, force est de supposer que le législateur fédéral n'entend pas que cette détention puisse être exécutée dans des établissements gérés par des exploitants privés. Sous cet angle, il n'appartient pas aux cantons de prendre l'initiative d'instaurer dans leur droit interne, une base légale permettant l'exécution de la détention provisoire dans des établissements privés.

2.4 Compétence d'exécution des cantons

Reste à examiner si le mode selon lequel sont gérés les établissements servant à l'exécution de la détention provisoire ne relève pas de la simple exécution de la loi et si, partant, il n'appartiendrait pas aux cantons de déterminer s'ils entendent gérer eux-mêmes de tels établissement ou confier cette tâche à des tiers. La disposition-clef

²⁴ Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, p. 346 (FF 1997 I 346); v. également H. Vest, op. cit., art. 123 n° 2.

²⁵ La doctrine qualifie également cette compétence normative de compétence **exclusive** de la Confédération (avec effet dérogatoire ab initio). A ce sujet, v. B. Knapp, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Verfassungsrecht der Schweiz, éd. par D. Thürer, J.-F. Aubert, J.-P. Müller, Zurich 2001, § 29, n° 16)

²⁶ Message du Conseil fédéral, loc. cit., p. 523 s.

s'agissant du partage des tâches d'exécution entre la Confédération et les cantons est l'art. 46 Cst. qui pose le principe selon lequel la mise en œuvre du droit fédéral incombe aux cantons, oblige la Confédération à leur laisser une marge de manœuvre aussi large que possible et à tenir compte de la charge financière que leur impose la mise en œuvre du droit fédéral. Par mise en œuvre il faut entendre, d'une part, la concrétisation du droit fédéral par le biais de dispositions d'exécution et, d'autre part, l'application du droit, c'est-à-dire, l'exécution proprement dite des prescriptions par l'administration²⁷. Les compétences normatives que confère aux cantons la charge qu'ils ont d'exécuter la législation fédérale, visent à garantir l'application du droit fédéral dans l'ensemble de la Suisse. Toutefois, ces compétences normatives sont contenues dans des limites étroites. La latitude dont jouissent les cantons lorsqu'ils édictent leurs propres normes est d'autant plus restreinte que, dans le domaine concerné, la Confédération jouit de compétences étendues. En d'autres termes, les textes d'exécution adoptés par les cantons doivent concrétiser exclusivement ce qui est prédéfini par les dispositions pertinentes du droit fédéral. La Confédération ne prévoyant la possibilité de faire appel à des établissements privés que pour l'exécution des peines et des mesures (également de mineurs), il est pros crit aux cantons d'autoriser par le biais de leur législation d'application, des établissements gérés par des exploitants privés à accueillir des mineurs en vue de l'exécution de la détention provisoire²⁸.

3. Conclusion

En substance, on peut relever qu'en matière de droit pénal des mineurs, les peines privatives de liberté purgées sous la forme de semi-détention de même que les mesures peuvent être exécutées dans des établissements et institutions privés. En revanche, les cantons ne sont pas habilités à instaurer dans leur législation des dispositions permettant aux mineurs de purger dans des établissements gérés par des privés des peines privatives de liberté sous une autre forme que la semi-détention. De même, n'est-il pas dans leur pouvoir d'édicter des prescriptions relatives à l'exécution de la détention provisoire de mineurs dans des établissements privés réservés à cet usage.

Si, toutefois, l'intérêt public plaiderait en faveur de la délégation à des tiers de l'exécution de la détention provisoire de mineurs et pour autant que cette externalisation ne viole pas le principe de la proportionnalité, il y aurait éventuellement lieu d'examiner la possibilité d'insérer dans la PPMIn (qui fait actuellement l'objet des délibérations parlementaires) une disposition réglant cette délégation de tâches.

²⁷ R. Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, Bâle 2000, p. 85

²⁸ Dans ce contexte, v. également la réponse apportée par l'Office fédéral de la justice (section „Procédure pénale et organisation judiciaire fédérale“ à la question suivante: «Est-il concevable que la détention provisoire de mineurs soit exécutée dans des institutions privées?»

- **Question 2**

1. Clause d'habilitation

En adoptant l'art. 379 nCP en liaison avec l'art. 1, al. 2, let n, DPMIn, la Confédération a créé la base légale formelle permettant de déléguer à des établissements privés des tâches dans le domaine de l'exécution des peines par des mineurs. Toutefois, le législateur fédéral n'a réglé cette délégation qu'à grands traits. Il s'est, en effet, borné à esquisser en quoi consistent ces tâches (assurer l'exécution des mesures et des peines sous forme de semi-détention) et à enjoindre aux cantons de soumettre la délégation de tâches au régime de l'autorisation et d'exercer la surveillance sur les établissements en cause. Au surplus, l'art. 1, al. 2, let. e à h, DPMIn énumère quelques dispositions du CP régissant l'exécution des peines et des mesures qui sont applicables par analogie aux mineurs²⁹. Quand bien même ces dispositions sont axées sur l'exécution normale des peines et des mesures dans des établissements carcéraux publics, il va de soi que les garanties minimales qu'elles prévoient en faveur des détenus et des personnes exécutant une mesure, valent aussi pour l'exécution dans des établissements privés. Il en va de même des dispositions d'application des art. 16, al. 2, 17, al. 2 et 27, al. 2 à 5, DPMIn.

Prises dans leur ensemble, les normes du droit fédéral en la matière ne constituent ni plus ni moins qu'une simple clause d'habilitation. Elles ne règlent pas de manière détaillée des points essentiels de la délégation des tâches tels que les conditions auxquelles est subordonné une telle délégation ni les compétences d'intervention qu'exige l'accomplissement de ces tâches de sécurité, pas plus qu'elles n'énumèrent les moyens d'intervention autorisés. Il apparaît donc d'autant plus capital que ces questions (ou du moins les plus importantes d'entre elles) soit réglées par les dispositions d'exécution que les cantons adopteront sous la forme de lois formelles.

2. Quels sont les points à régler dans les lois formelles d'application que doivent adopter les cantons?

La base légale permettant de confier à des établissements privés des tâches en rapport avec l'exécution des peines et des mesures est libellée de manière potestative³⁰. Aussi, les cantons doivent-ils adopter une loi formelle dans laquelle ils détermineront tout d'abord si ces tâches qui appartiennent à l'Etat peuvent être déléguées à des institutions privées (décision au niveau des principes). Pour prendre cette décision, ils devront se poser les questions suivantes: la délégation de tâches envisagée vise-t-elle uniquement à répondre à des situations exceptionnelles? En d'autres termes, les tâches seront-elles déléguées uniquement lorsqu'elles excèdent les capacités de l'administration ou que les autorités ne disposent pas (encore) des connaissances spécialisées nécessaires, pour ne prendre que deux exemples? Ou bien ces tâches seront-elles déléguées par principe à des institutions privées, parce que, par exemple, leur exécution par les seuls pouvoirs publics exigerait un engagement de res-

²⁹ Il s'agit des dispositions suivantes: art. 74 (principes de l'exécution), art. 83 (rémunération), art. 84 (relations avec le monde extérieur), art. 85 (contrôles et inspections) et art. 92 (interruption de l'exécution) DPMIn.

³⁰ Art. 379, al. 1, nCP

sources disproportionné ou que ces institutions, de par leur savoir faire, sont plus aptes à accomplir lesdites tâches que les services de l'Etat?

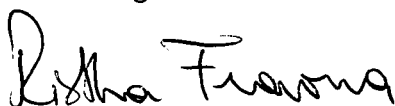
Comme l'exploitation d'établissements privés destinés à l'exécution des peines et des mesures est soumise au régime de l'autorisation et qu'au surplus, ces établissements sont placés sous la surveillance des cantons³¹, ceux-ci devront également régler au niveau de la loi les grandes lignes de la procédure d'autorisation et arrêter les principales dispositions régissant les instruments de surveillance et de contrôle. Il importe que la surveillance exercée par les pouvoirs publics garantisse que les tâches qui ont été déléguées atteignent leur but et permette de détecter et de corriger à temps les éventuels dysfonctionnements. Le régime de l'autorisation, pour sa part, doit être conçu de manière à assurer que les exploitants privés sont à même de remplir à tous égards les missions qui leur sont confiées. Aussi, le texte cantonal d'application doit-il notamment définir les conditions de base et les exigences essentielles auxquelles doit satisfaire, sur les plans de l'organisation, de l'aménagement des locaux et de la formation du personnel, la gestion d'établissements destinés à l'exécution des décisions de justice. Il fixera également la conception sur laquelle doit reposer l'exploitation de tels établissements.

L'usage de la contrainte policière est de nature à porter gravement atteinte aux droits fondamentaux des individus. Aussi, dans un domaine aussi sensible est-il indispensable d'établir une réglementation détaillée qui trace les limites que ne doit pas dépasser cette atteinte et définisse concrètement les exigences auxquelles doivent satisfaire les mesures de contrainte pour être conformes au principe de proportionnalité. Dans leur loi d'application, les cantons devront donc également définir jusqu'où le recours à la contrainte est licite et quels sont les moyens qui peuvent être utilisés (perquisitions, fouilles corporelles, confiscation d'objets usuels ou de vêtements, interdiction d'avoir des contacts à l'extérieur, examens médicaux, isolement dans des locaux spéciaux fermés à clef, immobilisation, port de menottes, médication sous contrainte, alimentation forcée, etc.).

Enfin, la loi cantonale d'exécution définira les actes relevant du droit disciplinaire et déterminera quelles sanctions disciplinaires peuvent être infligées aux mineurs détenus ou placés en vue de l'exécution d'une mesure et selon quelle procédure.

En espérant que ces informations vous soient utiles, nous vous prions d'agréer, Mesdames et Messieurs, nos salutations les meilleures.

Office fédéral de la justice
Unité Législation I



Ridha Fraoua
Chef de l'unité

³¹ v. art. 379, al. 2, nCP