



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Résumé de l'étude

La privatisation de l'exécution des peines

Un état des lieux juridique

Titre original : Privatisierung im Justizvollzug. Eine rechtliche Bestandsaufnahme

Langue originale : allemand

Auteur-e-s : Jörg Künzli, Alexandra Büchler, David Krummen

Date de parution : mars 2021

Nombre de pages : 71

À consulter sur : csdh.ch > Publications > Études et rapports

Ce résumé est une traduction de la version allemande qui se trouve dans l'étude.

La privatisation de l'exécution des peines en Suisse

En Suisse, contrairement à ce qui se fait dans certains États anglo-saxons, les peines privatives de liberté et d'autres mesures pénales sont en principe exécutées dans des établissements cantonaux et, par conséquent, publics. De la sorte, les personnes détenues sont surveillées et encadrées par des fonctionnaires au service d'organismes publics.

Toutefois, le code pénal (CP) suisse énonce des exceptions à cette règle et permet, aux conditions énumérées ci-après, la privatisation des établissements pénitentiaires.

- En vertu de l'article 379, alinéa 1, 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 ainsi que celle des mesures visées aux articles 59 à 61 [mesures thérapeutiques institutionnelles] et 63 [traitement ambulatoire] ». Dès lors, il est exclu d'avoir recours à des établissements privés pour le régime ordinaire de détention et pour l'exécution des mesures d'internement.
- Il est aussi possible, en vertu de l'article 80 CP, « de déroger en faveur du détenu... [à ces] règles », par exemple « lorsque l'état de santé du détenu l'exige ».
- Par ailleurs, l'article 387, alinéa 4, lettre b, CP donne au Conseil fédéral la possibilité, « à titre d'essai et pour une durée déterminée », de « prévoir ou d'autoriser la délégation de l'exécution des peines privatives de liberté à des établissements gérés par des exploitants privés. » Cependant, le Conseil fédéral n'a jusqu'ici pas fait usage de cette possibilité de réaliser des projets pilotes.

En outre, les actes législatifs cantonaux se rapportant à l'exécution des peines et les concordats cantonaux contiennent eux aussi des règles, parfois détaillées, concernant la privatisation des établissements de détention.

En revanche, la *délégation ou l'externalisation à des tiers privés de certaines tâches relevant de l'exécution des peines* dans les établissements pénitentiaires ou les prisons, qui est courante, n'est pratiquement pas régie par le droit fédéral, et que rarement par les législations cantonales, qui affichent en la matière de grandes disparités. Ce dernier constat est d'autant plus étonnant que la privatisation de tâches relevant de l'exécution des peines est devenue une pratique courante dans tous les cantons.

Problématique et structure de l'étude

Nous nous sommes demandé·e·s, en nous fondant sur ce cadre juridique, dans quelle mesure la privatisation des établissements pénitentiaires d'une part, mais aussi la privatisation de certaines tâches au sein de ces établissements publics, d'autre part, sont licites. Pour en juger, nous avons pris comme référence tant les dispositions de la Constitution fédérale que les engagements internationaux de la Suisse en matière de droits humains. Dans un deuxième temps, nous avons déterminé dans quelle mesure les législations et les pratiques cantonales en matière d'exécution des peines sont conformes à ces directives.

Cette analyse constitue un premier état des lieux et ne peut, dès lors, prétendre être complète, et cela à plusieurs titres. En premier lieu, notre étude n'englobe pas d'évaluation à proprement parler des établissements privés et des activités dont l'exécution est confiée à des privés, ni de leur pratique. En deuxième lieu, les établissements pénitentiaires pour mineur·e·s et la psychiatrie légale, deux domaines dans lesquels des acteurs privés jouent un rôle important, sont exclus du champ de cette étude. En troisième lieu, nous ne prétendons pas avoir tenu compte en l'occurrence des législations cantonales dans leur intégralité et à tous les niveaux de la hiérarchie des normes (qui va des lois sur l'exécution des peines aux règlements des établissements). En quatrième et dernier lieu, la présentation des domaines privatisés se limite à certains sujets tels que la sécurité, le transport, la santé et l'accompagnement spirituel des personnes détenues.

Notre étude comprend trois volets. Après une brève définition des principales notions et un aperçu du partage des compétences dans notre système fédéraliste, nous nous intéressons dans la première partie aux conditions, au cadre légal et aux limites de la privatisation des tâches publiques en général. Dans la deuxième partie, nous nous demandons s'il est licite de privatiser en bloc des établissements pénitentiaires ; dans la troisième partie, enfin, nous nous penchons sur la privatisation de certaines tâches relevant de l'exécution des peines. Les paragraphes qui suivent présentent une synthèse de nos conclusions.

Limites posées par les traités internationaux et par la Constitution fédérale à la privatisation des tâches relevant de l'exécution des peines

Aucune convention ratifiée par la Suisse ne pose explicitement de conditions ou de limites à la privatisation des tâches publiques, ni n'exclut cette éventualité. Ce constat est aussi valable –

s'agissant de la question concrète de l'exécution des peines – pour les Règles Nelson Mandela, adoptées par les Nations Unies, et les Règles pénitentiaires européennes, qui énoncent des normes minimales applicables au traitement des personnes détenues. Toutefois, la jurisprudence des organes internationaux établit, tant de façon générale que pour le domaine de l'exécution des peines, que les États ne peuvent pas, à la faveur de la privatisation de tâches publiques, se soustraire aux engagements qu'ils ont acquis en ratifiant des conventions internationales. Dès lors, ils continuent à répondre du respect et de la garantie des droits humains des personnes détenues, même lorsque des tâches relevant de l'exécution des peines sont accomplies par des employé·e·s privé·e·s. Certain·e·s juristes vont plus loin : en raison des rapports étroits entre les personnes détenues et les employé·e·s de prison, et dans le cas d'un établissement pénitentiaire privé, ils doutent qu'un État puisse continuer à assumer sa responsabilité en matière de droits humains envers ces personnes. L'organe de contrôle du Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'est rallié à cette opinion.

Selon la doctrine majoritaire, non seulement la Constitution fédérale interdit la privatisation intégrale des tâches publiques inaliénables, dont fait clairement partie l'exécution des peines, mais elle pose aussi des limites à la privatisation fonctionnelle de certains domaines (c'est-à-dire à la privatisation de l'exécution de tâches particulières). En d'autres termes, elle restreint aussi la possibilité pour l'État d'externaliser à des privés des tâches qui lui reviennent impérativement tout en continuant à exercer un certain contrôle. À cet effet, la doctrine a défini des critères qui, une fois appliqués, indiquent qu'en raison des droits fondamentaux en jeu dans l'accomplissement de diverses tâches relevant de l'exécution des peines et du lien de ces tâches avec le monopole de la force détenu par l'État, les privatisations ne sauraient être intrinsèquement licites, et qu'une telle décision ne doit être prise qu'après un examen au cas par cas des tâches en question.

Conditions et cadre légal de la privatisation des tâches relevant de l'exécution des peines

Pour être licite, l'externalisation de tâches publiques à des privés doit, dans chaque cas concret, remplir une longue liste de conditions et d'exigences légales. Dans tous les cas, elle doit s'appuyer sur une base légale suffisante, qui régit au moins l'objet de la privatisation, le mandat de prestations légal, les exigences et conditions qui y sont attachées ainsi que la surveillance. Étant donné que les tâches relevant de l'exécution des peines peuvent, par leur nature, porter gravement atteinte aux droits fondamentaux et aux droits humains des personnes détenues, il est nécessaire que les privatisations soient prévues dans une loi au sens formel. Il faut en outre que la privatisation serve un intérêt public et qu'elle satisfasse au principe de proportionnalité.

Par ailleurs, si l'État délègue à des privés une tâche qu'il accomplissait lui-même, il doit les choisir en se fondant sur des critères objectifs. Il doit en outre, lors de la procédure de sélection, respecter les principes constitutionnels de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la neutralité concurrentielle.

L'État doit exercer sur les privés une surveillance afin de s'assurer qu'ils accomplissent les tâches publiques qui leur sont déléguées de façon conforme à la constitution et aux lois. Si cette surveillance est particulièrement importante, c'est parce que les privés auxquels ces tâches sont déléguées prennent, dans les limites de leurs compétences, des décisions relevant de leur pouvoir discrétionnaire, sans toutefois faire partie de l'organigramme de l'administration ni de son système

hiérarchique et de surveillance, contrairement aux fonctionnaires dont les obligations envers l'État sont définies dans leur statut. Comme nous l'indiquions ci-dessus, il faut régir dans une loi au sens formel les caractéristiques essentielles de la surveillance au moins, qui peuvent ensuite être concrétisées dans le contrat de prestations de droit public conclu entre la collectivité et les privés. Le principe veut que la surveillance exercée par la collectivité soit d'autant plus étroite que le nombre de tâches déléguées est élevé et que leur impact potentiel sur le statut juridique des individus est important.

Les dommages infligés à des tiers par des privés dans l'exercice des tâches publiques qui leur sont déléguées posent en outre la question de la responsabilité : la personne lésée ne doit pas se trouver dans une situation plus défavorable que si c'était un ou une fonctionnaire qui avait agi. En d'autres termes, elle doit pouvoir introduire les mêmes recours en responsabilité, qui que soit l'auteur-e de l'acte dommageable. En outre, les privés exerçant une tâche publique qui contreviennent au devoir de leur fonction sont visés au même titre que les organes de l'État par les dispositions des articles 312 ss. CP.

Licéité de la privatisation de certaines tâches relevant de l'exécution des peines

La privatisation fonctionnelle de certaines tâches relevant de l'exécution des peines peut donc être plus ou moins licite, en fonction des tâches en question. Cette privatisation fonctionnelle ne semble guère problématique dans certains domaines tels que les soins de santé et l'accompagnement spirituel, du moins quand l'État en exerce la surveillance et en reste responsable. On est plutôt là en présence de cas dans lesquels l'intervention d'une personne n'appartenant pas à la hiérarchie de l'établissement, et familiarisée en raison de son expérience professionnelle avec les normes professionnelles et éthiques applicables en dehors du régime de détention, est même susceptible d'améliorer la qualité des prestations dans ces domaines. Externaliser le transport des personnes détenues est en revanche, si ce n'est illicite, du moins problématique (notamment parce que ces personnes sont habituellement attachées durant les transferts), et cela d'autant plus si cette externalisation ne se fonde pas sur une base légale claire. La privatisation de tâches de police de sécurité à l'intérieur des établissements est elle aussi strictement limitée. En l'occurrence, toute tâche qui implique l'usage d'une contrainte directe envers des personnes détenues s'avère intransférable, sauf si cette contrainte est exercée à titre exceptionnel, dans une situation imprévisible. Il en va de même pour toute tâche comportant la compétence d'ordonner et de mettre en œuvre des mesures disciplinaires.

Dans ces domaines, les législations cantonales ne sont souvent pas suffisamment nuancées : diverses lois cantonales sur l'exécution des peines permettent généralement les privatisations fonctionnelles, faisant par conséquent fi des droits fondamentaux en jeu lors de l'accomplissement de certaines de ces tâches. En outre, certains cantons privatisent des tâches relevant de l'exécution des peines sans qu'aucune base légale ne les y autorise.

Licéité des établissements pénitentiaires privés

Les conclusions concernant la privatisation fonctionnelle de certaines tâches relevant de l'exécution des peines s'appliquent aussi à la privatisation totale d'établissements pénitentiaires,

même dans les cas où cette privatisation serait conforme aux dispositions du droit fédéral et des lois cantonales sur l'exécution des peines. Peu importe en l'occurrence que l'organisme privé soit d'utilité publique ou à but lucratif.

Eu égard au fait que certaines tâches doivent absolument rester en mains publiques, la privatisation totale d'établissements pénitentiaires s'avère conforme au droit supérieur uniquement lorsque la sécurité intérieure et extérieure n'y joue qu'un rôle marginal et que les personnes détenues constituant un danger pour leurs pairs ou pour le personnel peuvent facilement être transférées dans d'autres établissements. Ainsi, les modalités de la semi-détention ou du travail externe ne comportent dans l'ensemble pas de tâches de police de sécurité et, si des problèmes disciplinaires se posent, les personnes qui en sont à l'origine peuvent être transférées dans un établissement pénitentiaire ordinaire. Dans ces domaines, des institutions privées sont autorisées, du moins si elles ne poursuivent pas de but lucratif.

Les transferts à des institutions privées prévus à l'article 80 CP sont également licites et non seulement compatibles avec les engagements en matière de droits humains, mais aussi, dans certains cas, dictés par ces engagements, car ces transferts sont ordonnés uniquement pour le bien de la personne détenue dans le but de lui garantir une prise en charge ou un traitement qui tienne compte de ses besoins. Il en va ainsi lorsqu'il n'est pas ou plus possible de dispenser à cette personne une prise en charge ou un traitement adéquat dans le régime de détention ordinaire ou dans une institution publique. Les institutions privées dans lesquelles un transfert peut être envisagé au sens de l'article 80 CP accomplissent de plus essentiellement des tâches médicales ou relevant de la politique sociale ou de la santé, mais généralement pas de tâches de police de sécurité.

L'exécution de mesures thérapeutiques institutionnelles dans un établissement privé (art. 379, al. 1, CP) paraît en revanche si ce n'est illicite, du moins douteuse, car elle peut avoir pour corollaire l'usage de la contrainte et de mesures disciplinaires. En l'occurrence, une distinction doit cependant être établie entre l'exécution de ces mesures dans un établissement d'exécution des mesures et leur exécution dans un hôpital psychiatrique. Si la première modalité semble difficilement défendable dans une institution privée, la seconde, courante dans la pratique, s'avère moins problématique, pour autant que l'intégralité du traitement obéisse principalement à une logique médicale et que l'ensemble du personnel de l'institution soit soumis au code de déontologie médicale.

En revanche, la privatisation totale d'un établissement voué à l'exécution de peines privatives de liberté (art. 387, al. 4 CP) ne peut pas remplir les conditions dont est assortie la privatisation fonctionnelle. Les tâches de police de sécurité inhérentes à ce genre d'établissements – l'usage direct de la contrainte et les mesures disciplinaires, en particulier –, ou du moins certaines d'entre elles, font partie des tâches inaliénables de l'État au sens strict et sont dès lors intransférables. Un établissement semi-privé dont l'infrastructure appartient à une entreprise privée qui se chargerait également des services de restauration, de l'entretien, des programmes d'occupation et des soins de santé, tandis que les tâches de police de sécurité seraient entièrement accomplies par des fonctionnaires, pourrait par contre constituer un cas d'application licite de l'article 387, alinéa 4, CP.